


REGINÆ ERVNT NVTRICES TVÆ
Reg:
Coll:
Oxon.
ROBERTVS EGLESFIELD CLERICVS



TOULLIER.

DROIT CIVIL

FRANÇAIS.

TOME DIX-SEPTIÈME.

CONTINUATION.

TOME DEUXIÈME.

LE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

(Art. 1 à 1581.)

PAR M. TOULLIER.

Cinquième édition, 15 volumes in-8°, imprimés sur papier collé, propre à recevoir des notes. . . . . Prix : 134 fr.

On peut acheter séparément :

Tome XII à XIV, chacun. . . . . 10 fr.

Tome XV, Table générale alphabétique et analytique des matières. . . . 6 fr.

Cette Table peut également servir pour les cinq éditions du Traité de M. Toullier.

CONTINUATION

(articles 1582 et suivans.)

Par M. J. B. DUVERGIER, auteur de la Collection des Lois,

Sur les notes de feu CARRÉ de Rennes.

volumes in-8; plus 1 volume de Table. . . . . Prix : 86 fr.

IMPRIMÉ CHEZ PAUL RENOUARD, RUE GARANCIÈRE, N° 5.

LE DROIT CIVIL
FRANÇAIS,
SUIVANT L'ORDRE DU CODE;

OUVRAGE

DANS LEQUEL ON A TACHÉ DE RÉUNIR LA THÉORIE A LA PRATIQUE;

PAR M. C.-B.-M. TOULLIER.

TOME DIX-SEPTIÈME.

CONTINUATION

(Articles 1582 et suivans.)

Par M. J.-B. DUVERGIER, Avocat,

Sur les notes de feu CARRÉ de Rennes.

DÉDIÉE A M. TOULLIER.

TOME DEUXIÈME.

PARIS.

JULES RENOUARD, LIBRAIRE,

ÉDITEUR DU TRAITÉ DE M. TOULLIER ET DE LA CONTINUATION.

RUE DE TOURNON, N. 6.

M. DCCC. XXXV.





LE DROIT CIVIL FRANÇAIS,

SUIVANT L'ORDRE DU CODE CIVIL.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE VI.

De la Vente.

CHAPITRE VI.

De la nullité et de la résolution de la vente.

SOMMAIRE.

1. *Influence des causes générales de rescision et de résolution des contrats, sur la vente.*
2. *La vente peut en outre être résolue par l'exercice de la* faculté de rachat, *et rescindée pour cause de* vilité du prix.
3. *Réponse aux critiques de MM. Duranton et Troplong, sur la distinction établie par M. Toullier, entre les* nullités de plein droit, *et les* nullités par voie d'action.
4. *Division de la matière.*

1. En exposant dans les chapitres qui précèdent les élémens du contrat de vente, et les condi-

Ces formes piquantes et ce style animé qui révèlent sans doute une imagination brillante, et font honneur au talent de l'écrivain, manquent absolument d'exactitude scientifique.

Y a-t-il identité entre les nullités de plein droit, et les nullités par voie d'action? S'il n'y a pas identité, quelles sont les différences qui les distinguent? voilà les questions qu'il faut se poser et qu'il faut résoudre. Je ne crois pas qu'on accepte comme une solution ces paroles: que l'arcane des nullités de plein droit *pourrait bien être assez peu de chose, et aboutir à une affaire de présomption*, etc.; et que les jurisconsultes adoptent la distinction, fondée sur la *bonne* ou la *mauvaise réputation* des actes.

Mais, dit-on, un texte formel, l'art. 502 Cod. civ., repousse la doctrine de M. Toullier; cette disposition répute nuls de droit les actes faits par l'interdit postérieurement à son interdiction, et cependant ces actes ne sont pas de purs faits, qui ne produisent ni action, ni exception; puisque ceux qui ont contracté avec l'interdit sont engagés envers lui, et que le laps de temps peut purger ces actes de leur vice. (Cod. civ., art. 1304.)

La thèse de M. Toullier n'a point la portée que lui attribuent ceux qui la critiquent. Il a dit, il est vrai, que les actes viciés par une nullité de plein droit ne produisaient ni action, ni exception; mais il s'est exprimé ainsi, en s'occupant de l'exécution provisoire des actes, et sa pensée n'a jamais été que la qualification de nullité de plein droit, doit être réservée aux nullités absolues, aux nul-

lités, que ni le temps, ni la ratification ne peuvent couvrir. Il a formellement exprimé une intention opposée, et si l'on eût étudié, comme je crois l'avoir fait, l'ouvrage de ce grand jurisconsulte, on eût vu qu'il considère comme nullité de plein droit celle qui vicie les actes faits en état de minorité sans autorisation de tuteur, et les actes d'un interdit passés postérieurement au jour du jugement d'interdiction.

Après avoir présenté la distinction entre l'action en nullité, et l'action en rescision, distinction qu'il trouve établie par M. Proudhon (1), à-peu-près dans les termes qu'il emploie lui-même, M. Toullier ajoute : « nous pensons que l'omission de la formalité générale de l'autorisation suffit dans le droit français, comme dans le droit romain, pour rendre nuls *mero jure*, les engagemens des mineurs sans recourir à la voie extraordinaire de la restitution en entier ou de la rescision (2) » ; et enfin il dit « l'interdit pour cause de démence ou de fureur est, après son interdiction placé par la loi dans l'état d'un mineur en tutelle; il est comme ce dernier incapable de s'obliger. Son incapacité n'est également que relative, elle ne peut lui être opposée par ceux qui ont eu l'imprudence de contracter avec lui. Il n'est besoin de prouver aucune lésion, pour faire annuler les contrats qu'il aurait faits. Tous les actes passés postérieure-

(1) Cours de droit français, tome II, page 282.
(2) M. Toullier, tome VI, note du n° 106,

ment au jour du jugement d'interdiction, sont déclarés par le Code *nuls de droit*. On ne peut plus alléguer qu'ils ont été faits dans un intervalle lucide. Il en est autrement des actes antérieurs, etc. » (1).

Il est donc certain que le système de M. Toullier ne mérite aucun des reproches qu'on lui a adressés, et qu'il reste, comme je l'ai dit, le guide le plus sûr pour qui aura à résoudre la question de savoir si une vente est nulle de plein droit, ou si elle est seulement sujette à l'action en rescision.

4. Les deux sections suivantes sont consacrées, l'une à la résolution par suite de la faculté de rachat, l'autre à la rescision pour cause de lésion.

SECTION Ire.

De la faculté de rachat.

SOMMAIRE.

5. Il est permis aux parties de renoncer aux droits qui naissent en leur faveur d'une convention antérieure; ainsi celui qui a acheté une chose

---

(1) M. Toullier, tome VI, n° 108.

peut abdiquer sa qualité d'acheteur, et rendre au vendeur ce qu'il en a reçu, en reprenant lui-même le prix qu'il a payé.

Mais il ne dépend pas des contractans d'effacer par cette convention nouvelle l'existence de la convention primitive, d'anéantir les effets qu'elle a pu produire surtout relativement aux tiers. Au moyen de ces deux conventions, la propriété se retrouve là où elle était d'abord; mais son passage par les mains de l'acheteur n'est point un fait qu'on puisse considérer comme non avenu. De la seconde transmission, il ne résulte pas que la première soit censée n'avoir jamais existé. Chacun a été à son tour, et temporairement propriétaire; chacun réunit dans sa personne les qualités d'acheteur et de vendeur, avec toutes les conséquences qui en dérivent.

Si la seconde convention qui a pour but de ramener les choses à l'état primitif, était intervenue avant que le premier contrat eût acquis sa perfection, et pu produire ses effets; le résultat serait tout différent, la première convention serait réputée non avenue; la seconde aurait les caractères d'un *distrat*.

Enfin, lorsque ce n'est point par l'effet d'une nouvelle convention, mais par l'accomplissement d'une condition résolutoire, que la volonté des parties, ou la puissance de la loi a placée dans le contrat même, que ce contrat est résolu; il est censé n'avoir jamais existé; toutes les conséquences qu'il a produites, sont anéanties, tant à l'égard des parties, qu'à l'égard des tiers.

Dans l'ancien droit, où la vente contractée ne produisait pas les effets qu'elle produit aujourd'hui, où la tradition et le paiement étaient nécessaires pour opérer la transmission de la propriété, le changement de volonté, survenu avant la tradition, opérait la résolution du contrat; c'était, dit Pothier, plutôt *distractus quam novus contractus*. (1)

Maintenant, on le sait, le consentement suffit; il transfère seul la propriété; quoique aucun acte d'exécution n'ait eu lieu, le contrat est parfait, la propriété transmise : dès-lors le changement de volonté survenu a un caractère et des effets autres que ceux que Pothier lui attribuait, avec raison, sous l'empire des anciens principes. Il opère une revente : ce n'est plus un simple *distrat*.

M. Toullier a cependant reproduit l'opinion de Pothier (2) et il a été suivi par M. Troplong. (3)

M. Toullier est en cela d'accord avec lui-même; car il ne croit pas que le Code civil ait modifié le système antérieur. Il pense qu'encore aujourd'hui la tradition est nécessaire à la transmission de la propriété (4); mais M. Troplong, qui professe l'opinion généralement adoptée de la transmission, par le seul consentement (5), est en contradiction avec ses propres doctrines, lorsqu'il considère

---

(1) Traité *de la communauté*, n° 189. *V.* aussi *de la Vente*, n° 329.
(2) Tome XII, n° 195.
(3) *De la Vente*, tome II, n° 691.
(4) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 11.
(5) *De la Vente*, tome I, n° 39.

comme un distrat, le changement de volonté survenu avant le paiement. En vain il prétend que, comme le défaut de paiement du prix ferait prononcer la résolution en justice; les parties peuvent, en se fondant sur le défaut de paiement, déclarer elles-mêmes la vente résolue, sans frais, et sans formes de procédure. Cet argument conduit directement à l'inverse de ce qu'il veut prouver. Si les parties ne font que reconnaître le fait de non-paiement, qui est une *cause forcée de résolution*, la résolution n'est pas produite par un pur changement de leur volonté: donc il n'y a pas *distrat*. (1)

6. J'ai jugé qu'il était indispensable de rappeler ces principes, pour pouvoir donner une juste et complète idée de la convention connue sous le nom de *pacte de réméré*, des droits et des obligations du vendeur et de l'acheteur dans les ventes où elle est insérée, et enfin expliquer ce qui est relatif à l'exercice de la faculté qui en dérive.

---

(1) MM Championnière et Rigaud, ont relevé cette erreur, et en ont fort bien indiqué la source et les conséquences. *Traité des droits d'enregistrement*, tome I, n° 331 et suiv. M. Duranton a aussi montré en quoi le droit actuel diffère de l'ancien, tome XVI, n° 387.

§ Ier.

De la nature du pacte de réméré, et du délai dans lèquel il doit s'exercer.

SOMMAIRE.

7. *Définition du pacte de réméré.*
8. *La clause de réméré doit être insérée dans l'acte même qui contient la vente. Ses effets, si elle était renfermée dans un acte postérieur.*
9. *Nature des droits du vendeur et de l'acheteur.*
10. *Deux actions naissent au profit du vendeur; l'une* personnelle *contre l'acheteur, l'autre* réelle *contre les tiers. Renvoi.*
11. Contrat pignoratif. *Circonstances qui l'indiquent. Règles qui lui sont applicables.*
12. *On peut stipuler que le vendeur remboursera plus que le prix qu'il a reçu. On peut aussi stipuler qu'il remboursera moins.*
13. *Du* pacte de préférence. *Il diffère de la vente à réméré et de la promesse de vente.*
14. *Lorsqu'il y a eu vente à réméré d'une partie indivise d'un héritage, et que l'acheteur s'est rendu adjudicataire de la totalité sur une licitation provoquée contre lui, il peut obliger le vendeur à retirer le tout.*
15. *La faculté de rachat peut être stipulée dans les ventes de meubles, comme dans les ventes d'immeubles. Différences d'effets dans ces deux espèces de ventes.*
16. *Elle peut être subordonnée à une condition suspensive ou résolutoire.*
17. *Les biens d'un mineur ne peuvent être vendus à réméré. L'achat à réméré par le mineur est licite.*

18. *Le droit de réméré est cessible, il peut être exercé par les créanciers du vendeur; mais non exproprié. Conventions qui restreignent la faculté d'exercer le réméré au vendeur, ou au vendeur et à ses héritiers.*
19. *Avant le Code civil, les parties étaient libres de fixer le délai pour l'exercice du réméré. Sous le Code il est de cinq années.*
20. *Sous le Code, l'expiration du délai emporte déchéance; dans l'ancienne jurisprudence, la déchéance devait être prononcée par justice.*
21. *Sous le Code, le terme est toujours réduit à cinq années. On peut stipuler que l'exercice du réméré n'aura pas lieu avant une certaine époque.*
22. *Le délai commence à courir du jour du contrat, à moins de stipulation contraire.*
23. *Le jour* à quo *ne doit pas être compté dans le délai. Le jour* ad quem *y est compris, alors même qu'il arrive* un jou férié légal.
24. *Application des règles sur la supputation des délais, au cas où il a été convenu que le réméré ne pourra être exercé avant une époque déterminée.*
25. *Le délai court contre toute personne, même contre le mineur. Distinction admise dans l'ancien droit.*
26. *Le terme du réméré ne peut être prolongé par le juge. Peut-il l'être par les parties? Distinctions.*
27. *Il faut pour l'exercice du réméré faire, avant l'expiration du délai, des offres réelles. Il ne suffit pas d'exprimer la volonté d'exercer le réméré, en déclarant qu'on est prêt à payer.*
28. *Mais il n'est pas nécessaire de former une action en justice.*

7. Le pacte de réméré ou de rachat est la convention par laquelle le vendeur se réserve, dans le contrat même, de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution à l'acheteur du prix prin-

cipal, et le remboursement des frais et loyaux coûts de la vente, des réparations nécessaires, et de la plus-value résultant des réparations utiles. (Cod. civ. art. 1659 et 1673.)

Ainsi, la convention n'impose pas à l'acheteur *l'obligation de revendre*; elle confère au vendeur *le droit de reprendre.* Un nouveau contrat ne succède pas au premier; le premier est résolu. (1)

« Le réméré, dit Pothier, n'est pas proprement une nouvelle vente que l'acheteur fait au vendeur; mais une simple résolution de la vente qui a été faite. La clause de réméré est une clause résolutoire, sous laquelle la vente a été faite, et par laquelle il a été convenu qu'il serait au pouvoir du vendeur de résoudre le contrat. »

Il ajoute: « le réméré est *distractus potiùs quàm novus contractus*, et chacun doit reprendre de part et d'autre ce qu'il a donné. Ce principe que le réméré est plutôt *distractus quam novus contractus* n'est pas douteux dans notre droit français. C'est en conséquence de ce principe qu'il y est décidé, qu'il n'est pas dû un nouveau profit de vente pour le réméré, qui néanmoins en devrait produire un nouveau s'il renfermait une nouvelle vente. » (2)

Les anciens docteurs avaient une autre opinion

---

(1) Par l'exercice de cette faculté, la vente est résolue ou annulée, disait M. Portalis. *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 158.

(2) Pothier, *de la Vente*, n° 412. Fonmaur, *Traité des lods et ventes*, part. 3, chap. XI, n° 386; Dumoulin, sur la coutume de Paris, § 33, glos. 1, n° 11 et 17; d'Argentré *de laudimiis*, cap. 1, § 8.

du pacte de réméré, ils y voyaient une nouvelle vente ; et partant de cette idée, ils enseignaient que dans le silence des parties, c'était le prix que la chose valait au temps que s'exercait le réméré qui devait être payé à celui sur qui le réméré s'exerçait, plutôt que le prix pour lequel la chose avait été vendue. (1)

Aujourd'hui, puisque les art. 1659 et 1673 Cod. civ., parlent de la restitution du prix de la première vente ; puisque la loi du 22 frimaire an VII, art. 69 § II, n°. 11, n'impose qu'un droit de quittance de 50 cent. par fr., au lieu du droit ordinaire de mutation, sur les retraits exercés en vertu de réméré, et enfin d'après le texte formel de l'art. 1658, on doit reconnaître avec Pothier, que l'exercice du réméré résout la première vente ; mais il ne faut pas dire comme lui que le retrait est plutôt *distractus quàm novus contractus*. Le *distrat* diffère de la résolution. (2)

Les expressions *rachat* et *réméré* manquent donc d'exactitude ; elles emportent l'idée de re-

---

(1) Zoannetus, *tract. de empt. vend. sub pacto. de retr.* n° 111.

(2) Voy. *suprà*, n° 5. M. Duranton croit que, dans le droit romain, le pacte de rachat opérait une revente, tome XVI, n° 389. M. Troplong soutient qu'il n'y a point de texte qui autorise cette assertion, et il cite plusieurs passages qui sont favorables au système de la résolution. Tome II, n° 693. Cependant *Tiraqueau* semble dire que ces locutions *Pactum de retrovendendo, de revendendo*, employées par les docteurs ont été puisées dans le droit romain : « *Quod pactum vulgus de retrovendendo, nonnulli de revendendo appellant ; nam et* revendendi *verbo usus est Ulpianus*. in leg. *Julianus ait* ff. *de bonis libert*, et hinc reveneo *in leg. lege ff de lege commissoriâ*. *Tract. de retract convent. Præf.* n° 1.

vente qu'il faut exclure et repousser; cependant consacrées comme elles l'étaient par l'usage, les rédacteurs du Code civil ont cru devoir les conserver. (1)

8. Si la réserve de reprendre la chose, moyennant la restitution du prix, n'était pas insérée dans le contrat de vente même; il ne serait plus possible de lui attribuer les effets que j'ai indiqués.

La vente, étant pure et simple, aurait transmis la propriété à l'acheteur, sans modification, sans cause de résolution. La convention qui interviendrait ensuite, pour donner au vendeur la faculté de rentrer dans la chose vendue, moyennant la remise du prix, serait une nouvelle vente, sous condition suspensive; qui laisserait nécessairement subsister les effets produits par la première dans l'intervalle qui se serait écoulé entre l'une et l'autre, notamment les droits d'hypothèque acquis aux créanciers de l'acheteur. (2)

9. De la nature du réméré ainsi expliquée dérivent les conséquences suivantes :

La propriété est transmise à l'acheteur; mais son droit est soumis à une condition résolutoire, qui, lorsqu'elle s'accomplit, remet les choses au même et semblable état que si le droit n'avait pas existé (art. 1183). Le droit du vendeur est au contraire subordonné à une condition suspensive,

---

(1) La loi 5 ff. de *leg. com.* citée par Tiraqueau, offre aussi un exemple d'un abus de langage semblable.

(2) Tiraqueau, § 1, glos. 11, n° 1; Pothier, n°s 432 et 433; Domat, liv. I, tit. 2, sect. 12, n° 8.

dont l'accomplissement rétroagit aussi au moment du contrat. (1)

10. Deux actions naissent pour le vendeur du pacte de réméré; l'une personnelle contre l'acheteur; l'autre réelle contre les tiers détenteurs. Ce que j'ai dit, dans mon premier volume, sur l'action en résolution pour défaut de paiement de prix (2), me dispense ici de tout développement. Les causes de résolution sont différentes; mais la conséquence est la même, et les actions au moyen desquelles on peut l'obtenir, ont un caractère semblable.

11. Il est rare, il faut en convenir, que le pacte à réméré ne serve pas à cacher un prêt garanti par un gage.

Cette voie détournée est employée souvent par les usuriers, à qui elle offre le double avantage de dissimuler la perception d'intérêts au dessus du taux légal et d'assurer l'exactitude du remboursement.

Mais l'expérience apprend que les hommes les plus honnêtes, effrayés avec raison des dangers que présentent les prêts sur hypothèques, des lenteurs et des difficultés de l'expropriation forcée, se déterminent aussi à acheter à pacte de réméré, malgré la défaveur attachée à cette espèce de convention.

Dans tous les cas, lorsque sous la forme d'une vente c'est un prêt qui est intervenu, et que la chose vendue en apparence n'a été effectivement

---

(1) *Voy.* M. Toullier, tome VI, nº 543.
(2) Tome XVI (Ier de la Continuation), nº 467.

que donnée en gage; les jurisconsultes, restituant à l'acte son caractère et sa véritable qualification, le nomment *contrat pignoratif*, et déterminent ses effets d'après les principes qui régissent les contrats de prêt et de nantissement.

En conséquence, à l'époque où le prêt à intérêt était prohibé, le contrat pignoratif, qui servait à déguiser une perception d'intérêts, même au taux le plus modéré, était illicite. (1)

« Depuis que le prêt à intérêt a été permis, dit M. Toullier (2), et surtout pendant que le taux de l'intérêt a été illimité, ce contrat a cessé d'être en usage (3); mais il est vraisemblable que, sous l'empire de la loi du 3 septembre 1807, qui fixe le taux de l'intérêt conventionnel, on verra renaître l'usage du contrat pignoratif, en faveur des usu-

---

(1) M. Merlin, Répertoire, v° *Pignoratif*, page 287 et 289, fait remarquer que, dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine et de Lodunois, les contrats pignoratifs étaient maintenus, et qu'ils étaient prohibés seulement dans les autres parties de la France où la stipulation d'intérêts n'était pas autorisée. Il ajoute que le Parlement de Paris, qui s'était montré le plus sévère contre le contrat pignoratif, cédant au progrès des lumières, entraîné par la raison publique, et devançant la loi du 3 octobre 1789 commençait à sentir combien étaient déraisonnables ces rêveries des canonistes qui traitaient d'usure, toute espèce d'intérêt produit par un capital non aliéné, et il cite l'arrêt du 13 juillet 1782, rapporté aux Questions de droit, au mot *Contrat pignoratif*, par lequel le Parlement maintint une vente, nonobstant le concours du réméré avec une lésion énorme dans le prix, et la location au vendeur.

(2) Tome IX, n° 313.

(3) Il faut dire aussi, que sous ce régime il était licite. Arrêt de la Cour de cassation du 24 fructidor an VIII; Sirey, 1. 1. 343. Arrêt de la Cour de Poitiers du 5 prairial an XII, Sirey. 4. 2. 341. C'est la loi du 3-12 octobre 1789 qui a permis le prêt à intérêt.

riers honteux qui desirent ménager leur réputation, et se mettre à l'abri de la restitution de ce qui excède le taux licite de l'intérêt. » (1)

Les signes auxquels on reconnaît ordinairement le contrat pignoratif, sont la vilité du prix, et la relocation faite par l'acquéreur apparent au prétendu vendeur. Le prix vil indique que les parties n'ont eu nulle intention sérieuse de vendre; la relocation prouve que le véritable propriétaire n'a pas même voulu cesser d'être possesseur (2). D'autres circonstances peuvent fournir d'autres élémens à la conviction des juges; la preuve testimoniale même est admissible, ainsi que les présomptions graves, précises et concordantes aux termes de l'art. 1353. (3)

En résumé, le contrat pignoratif, illicite sous l'empire des lois prohibitives du prêt à intérêt, permis à l'époque où aucune prohibition légale ne limitait le taux de l'intérêt, doit aujourd'hui être exécuté, comme toute autre convention; pourvu qu'il ne soit entaché ni de fraude, ni d'u-

---

(1) Arrêts de la Cour de Colmar, du 12 février 1831, Sirey, 31. 2. 304; de la Cour de Montpellier, du 25 août 1829, Sirey. 30. 2. 82; Dalloz, 30. 2. 153; de la Cour de Limoges du 18 mars 1828, Sirey, 28. 2. 156. *Voy.* aussi les arrêts de la Cour de cassation cités dans la note 3.

(2) Voy. Répertoire de jurisprudence et Questions de droit, v° *Pignoratif.*

(3) M. Toullier, tome IX, n° 313; arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1824, Dalloz, 25. 1. 72. Sirey. 25. 1. 240; du 13 mars 1825. Sirey. 26. 1. 71. Dalloz. 25. 1. 177; du 8 janvier 1814. Sirey. 14. 1. 161.

sure; et c'est seulement lorsque le vendeur le critique comme usuraire et frauduleux, que des témoignages et des présomptions sont des moyens de preuve admissibles. (1)

D'ailleurs, et je l'ai déjà dit, en écartant les fausses apparences, en rentrant dans le vrai, on doit faire au contrat, qui est reconnu avoir été dans l'intention des parties, l'application des règles et des principes qui le concernent. Si donc au lieu d'une vente, on trouve un gage ou une antichrèse; ce sont les dispositions sur l'antichrèse et le gage qui doivent être consultées et suivies; et par exemple, la clause par laquelle le créancier serait autorisé à s'approprier le nantissement, au cas de non-paiement au terme convenu, devrait être déclarée nulle, conformément aux articles 2078 et 2088 du Code civil; également le privilège ne subsisterait pas sur le gage mobilier, si ce gage, contrairement à la disposition de l'art. 2076, était resté en la possession de débiteur.

12. Parmi les combinaisons de nature à éveiller les soupçons, et qui paraissent indiquer un prêt usuraire, on cite la convention par laquelle le vendeur s'oblige à payer une somme plus forte que le prix qu'il a reçu.

Si l'on se borne à dire que cette stipulation décèle la fraude et l'usure, que les tribunaux à qui l'on ne fournira point d'explications satisfaisantes, qui d'ailleurs apercevront d'autres in,

(1) M. Toullier, loc. cit.

dices, pourront annuler la convention ou réduire les intérêts, je ne conteste pas cette doctrine; mais on est évidemment dans l'erreur, si l'on prétend avec MM. Delvincourt (1), Duranton (2) et Troplong (3), que la convention est *illicite*. Ces auteurs ont cédé à un mouvement naturel d'animadversion contre les ruses des préteurs. Préoccupés du desir louable de déjouer leurs spéculations, ils ont créé une prohibition que la loi n'établit point; ils ont déclaré toujours et de droit frauduleuses et usuraires, des stipulations qui le sont souvent, mais qui quelquefois peuvent être loyales et légales; confondant ainsi, il faut bien le dire, les innocens avec les coupables.

Pothier a reconnu que la convention n'a rien en soi d'illicite (4), et un arrêt de la Cour de Paris a consacré cette doctrine (5). En soutenant la même thèse, je ne pense pas cependant qu'on doive dire comme la Cour de Paris : qu'il est de principe que, dans tous les temps, il était permis de convenir, par la clause de réméré que le vendeur en exerçant cette faculté, paierait à l'acquéreur une somme plus forte que celle pour laquelle l'héritage avait été vendu; et que, d'après ces principes, *l'examen des causes de l'acte devient inutile*,

---

(1) Tome III, page 159, notes.
(2) Tome XVI, n° 429.
(3) Tome II, n° 696.
(4) N° 414.
(5) Arrêt du 9 mars 1808. Dalloz, v° *Vente*, page 901. Sirey. 8. 2. 157.

puisque, soit qu'il ait eu pour cause des intérêts, soit qu'il provînt de sommes reçues, l'obligation de ne pouvoir exercer le réméré qu'après l'acquit des sommes y portées, devait toujours avoir son exécution. Je crois au contraire qu'il est utile, qu'il est même indispensable d'examiner les causes qui ont déterminé à subordonner l'exercice du réméré, au paiement d'une somme plus forte que le prix payé; qu'on doit rechercher, si c'est à titre d'intérêts que l'excédant est exigé, et si ces intérêts n'excèdent point le taux légal; afin que, si la vérification démontre qu'il y a fraude ou usure, on annulle la convention, ou du moins l'on réduise les intérêts.

Je suppose qu'en achetant un immeuble, on prévoie un évènement qui doit certainement en accroître la valeur, pourquoi ne serait-il pas permis à l'acheteur d'exiger qu'en exerçant le réméré ce surcroît de valeur lui soit payé?

Si au moment de la vente, l'acheteur est créancier du vendeur; qui lui défend d'exiger d'abord remboursement du prix, puis le paiement de la dette? Il paraît que c'est dans un cas semblable qu'a été rendu l'arrêt de Paris, dont, je le répète, je trouve la solution conforme aux vrais principes; mais dont les théories sont dangereuses.

Si enfin l'objet vendu ne produit pas de fruits, ou si les fruits qu'il produits sont inférieurs aux intérêts du prix payé, n'est-il pas légal et équitable que l'acheteur, prévoyant l'exercice du réméré, exige la réparation du préjudice que lui aura causé la privation de ses fonds, dont ne

n'aura point indemnisé la jouissance d'une chose entièrement improductive, ou moins productive que l'argent?

M. Troplong trouve dans le texte de l'art. 1659, la condamnation du système que je défends. Cet article, dit-il en se servant de ces expressions: *moyennant la restitution du prix principal*, exprime *hautement que* le vendeur *ne doit rendre*, *ne doit restituer que la somme qu'il a reçue.*

L'article statue *de eo quod fit plerumque*, il parle de la restitution du prix principal, parce que ordinairement c'est la restitution du prix principal qui est convenue: il ne dit pas hautement, il ne dit d'aucune manière, que la clause qui oblige le vendeur à payer plus qu'il n'a reçu est illicite. Si l'art. 1659 devait être entendu avec cette rigueur, il prohiberait donc aussi la convention par laquelle le vendeur serait autorisé à reprendre l'objet vendu, pour une somme moindre que le prix qui lui a été payé. Or qui doute qu'une pareille stipulation, qui selon Pothier (1) et M. Delvincourt (2), contient un bienfait et une libéralité de l'acheteur envers le vendeur, ne soit parfaitement licite? Entre les deux conventions, il n'y a que la différence du plus au moins. Je reconnais que l'une d'elles peut servir à dissimuler la fraude et l'usure; mais j'exige la preuve qu'en effet il y a usure ou fraude. Il n'est pas rationnel de conclure de la possibilité au fait;

(1) N° 415.
(2) Tome III, page 156, notes.

ce n'est pas un procédé juridique, de punir sur un soupçon; et les jurisconsultes ne doivent pas oublier que, surtout dans la matière des contrats, ce qui n'est pas défendu est permis. (1)

13. Il est un autre contrat qui ne doit pas être confondu avec la vente à réméré; c'est le pacte de préférence.

La stipulation de réméré est, comme on l'a vu, une cause de résolution de la vente; elle attribue au vendeur un droit suspendu par une condition; lorsque la condition s'accomplit, la propriété rentre dans les mains du vendeur, par le seul effet de la résolution, indépendamment de la volonté de l'acheteur.

Par le pacte de préférence, l'acheteur s'oblige à revendre la chose à l'ancien propriétaire, plutôt qu'à tout autre, s'il se détermine à vendre. De cette convention ne naît pas une cause de résolution du contrat. Il n'y a pas non plus là une promesse de vente : seulement l'acheteur s'oblige à accorder la préférence à son vendeur, s'il prend le parti de vendre ce qu'il a acheté. Cette obligation, comme toute obligation de faire, se résout en cas d'inexécution en dommages-intérêts; le vendeur n'a pas un véritable *jus in re*, suspendu par une condition, comme dans la vente à réméré. (2)

---

(1) Répertoire de jurisprudence, vº *Faculté de Rachat*, nº 8.

(2) *Voy.* tome XVI (Iᵉʳ de ma Continuation), nᵒˢ 121 et suiv., 167. Arrêt de la Cour de Grenoble du 23 mai 1829, Sirey. 29. 2. 177. Arrêt de la Cour de cassation, du 9 juillet 1834, Sirey. 34. 1. 741.

14. Le vendeur à réméré est autorisé à reprendre ce qu'il a vendu, en remboursant ce qu'il a reçu, ni plus ni moins: c'est le droit commun. On sait cependant que la convention peut modifier cette règle (1). Enfin, il y a un cas dans lequel, sans qu'aucune convention ait été faite, les obligations et les droits du vendeur sont également modifiés, relativement à la chose à reprendre, et à la somme à payer. Lorsqu'il y a eu vente à réméré d'une partie indivise d'un héritage, et que l'acheteur s'est rendu adjudicataire de la totalité sur licitation; le vendeur est obligé, si l'acheteur l'exige, de reprendre l'immeuble entier. Il faut toutefois que la licitation ait été provoquée contre l'acheteur, et qu'ainsi ce soit, non par un acte spontané de sa volonté, mais par suite d'un évènement qu'il ne pouvait empêcher, qu'il soit devenu propriétaire du tout (Code civ. art. 1667) (2). Dans cette hypothèse, le vendeur devra restituer d'abord le prix qu'il a reçu, et en outre celui que l'acheteur a payé pour la portion qu'il a acquise.

15. La faculté de rachat peut être stipulée dans les ventes de meubles, aussi bien que dans les ventes

---

Dalloz, 34. 1. 300. Cet arrêt confirme la doctrine que j'ai émise sur les promesses de vente, tome XVI (I[er] de ma continuation n° 124). Les considérans supposent implicitement que l'obligation formelle de passer un contrat de vente équivaut à la vente même; mais ils disent avec raison, que le pacte de préférence n'est pas une promesse de vente.

(1) *Voy.* suprà, n° 12.

(2) M. Duranton, tome XVI, n° 413.

d'immeubles. Rien dans le texte de la loi, rien dans la nature des choses, ne s'y oppose. Seulement les effets de la résolution qui, dans les ventes d'immeubles s'étendent jusqu'aux tiers, sont, dans les ventes de meubles, restreints aux parties contractantes. J'ai expliqué dans mon premier volume (1), en parlant de la résolution pour défaut de paiement du prix, les raisons de cette différence.

16. Il est permis de subordonner la faculté de réméré à une condition suspensive ou à une condition résolutoire. Ainsi, rien n'empêche de dire que, si un canal ou un chemin de fer est établi, le vendeur pourra reprendre l'immeuble; ou, au contraire, que la faculté qu'il s'est réservée cessera, si le canal ou le chemin se fait (2). Mais à l'aide de pareilles stipulations, la durée de la faculté ne pourra point s'étendre au-delà du terme légal de cinq années, à compter du jour du contrat. C'est une limite qu'il n'est jamais licite de franchir. (3)

17. L'art. 1663 prévoit le cas où la faculté de rachat appartient à un mineur. On ne doit pas en

---

(1) *Voy.* tome XVI (I[er] de ma continuation), n[os] 37, 438 et 439.

(2) Un arrêt de la Cour de cassation du 7 juin 1814, fournit un exemple d'une vente avec réserve de réméré conditionnelle. Sirey. 16. 1. 10. Dalloz, *Vente*, p. 902. Il faut même remarquer que, dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt, on n'a point songé à contester la légalité d'une clause apposant une condition à la faculté de réméré; on a prétendu seulement, que la *condition était potestative* et comme telle nulle. Il était dit que la vente était faite avec réserve de réméré, *arrivant le décès de l'acquéreur, sans avoir disposé de la chose.* La stipulation a été maintenue.

(3) *Voy.* infrà, n[os] 19, 21, 22.

conclure que les biens de mineurs peuvent être vendus à réméré. Les aliénations de ces biens sont assujéties à des formes qui repoussent une pareille stipulation; le législateur n'a eu certainement en vue que le cas, où la faculté de réméré stipulée par un majeur a été transmise à un mineur par succession (1) ou autrement.

Mais si les biens de mineurs ne peuvent être vendus à réméré, du moins l'achat à réméré par un mineur est-il licite?

Cette question a divisé les anciens jurisconsultes. Fachin (2) reproduit les argumens présentés par les anciens docteurs, en faveur de chaque opinion, et se détermine pour le système qui, en maintenant la vente, répute nulle la clause de réméré. Il se fonde sur ce que l'exercice du réméré dépouille le mineur d'un bien dont il est propriétaire, que les biens de mineurs ne peuvent être vendus que par autorité de justice et avec certaines formalités; il ajoute qu'il ne faut pas s'étonner de ce qu'en maintenant la vente consentie au mineur, on affranchit celui-ci de l'obligation de souffrir l'exercice du réméré: *non est novum*, dit-il, *in minoribus et pupillis*, *si dùm ipsi alios obligant*, *contrà*, *aliis non obligentur, ubi solennia juris non interveniunt.* Pothier (3) enseigne au contraire que l'exercice du réméré ne constituant pas une alié-

---

(1) L'arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1826, cité *infrà*, n° 25, offre un exemple d'une semblable transmission.

(2) Lib. II, cap. III.

(3) N° 387.

nation volontaire des biens du mineur, mais opérant la résolution de la vente qui lui avait été consentie, les formalités prescrites pour les ventes des biens de mineurs, ne sont pas nécessaires; il fait remarquer que la minorité donne bien le droit à un mineur de se pourvoir contre un marché qui ne lui est pas avantageux, mais qu'il doit en ce cas le rejeter en entier; que sa minorité ne peut lui donner le droit de le syncoper, en prenant dans le marché ce qui lui est avantageux et rejetant le surplus. Il faut ajouter que le mineur aurait toujours de l'avantage à scinder ainsi la convention, attendu que les ventes avec faculté de réméré se font ordinairement à bas prix. (1)

Ces argumens me semblent décisifs (2). A plus forte raison, le mineur qui recueille un héritage acheté à réméré est tenu de souffrir le rachat, comme y était obligé son auteur. (3)

18. En parlant des choses qui peuvent être vendues, j'ai dit qu'en règle générale tout droit pécuniaire est cessible; qu'il y a exception pour les droits exclusivement à la personne; et que entre ceux-ci il faut distinguer, ceux que la volonté même du propriétaire ne peut transmettre, et ceux qui, cessibles par le propriétaire, ne peuvent être exercés contre son gré, par ses créanciers. (4)

---

(1) Tiraqueau, *de retract. conv.* Præf. n° 20 et glos. 1.

(2) Répertoire de jurisprudence, v° *Faculté de rachat*, n° 3.

( ) M. Troplong, n° 701.

(4) *Voy.* tome XVI (Ier de ma continuation), n° 213.

La nature du droit de réméré, bien étudiée, ne présente aucun obstacle à la transmission par voie de succession, et par le moyen de cession volontaire (1); non plus qu'à l'exercice par les créanciers du vendeur. (2)

La convention peut restreindre le droit de transmission et renfermer exclusivement dans la main du vendeur la faculté de réméré; mais quelquefois l'interprétation des clauses restrictives offre des difficultés. Par exemple on s'est demandé, si en exprimant que la faculté de réméré est réservée au *vendeur* seul, ou au *vendeur seulement;* on exclut les cessionnaires, et même les héritiers. Selon Tiraqueau, Despeisses et Pothier (3) les héritiers ne sont pas exclus. S'il était dit que le réméré ne pourra être exercé que par le vendeur *en personne*, ou *par ledit un tel;* Pothier pense que la faculté ne serait point transmissible aux héritiers. (4)

Il me semble que ces questions ne sauraient être résolues ainsi, abstraction faite des cir-

---

(1) L. 2. *Cod. de pact. inter empt. et vend.* Tiraqueau, *de retract. conv.* § 1. glos. 6, n° 1 et suiv. et de *retract. consanguineo.* § 26. glos. 3, num. 1. Fachin, lib. II, chap. XI; Pothier, n° 389 et 391; arrêt de la Cour de cassation du 7 juillet 1829. Dalloz, 29. 1. 293. Sirey, 29, 1. 258.

(2) M. Duranton pense même que les créanciers qui ne voudraient ou ne pourraient pas exercer le réméré, auraient le droit de le faire vendre par voie d'expropriation forcée, tom. XVI, n° 409. Cette opinion suppose que toutes les actions immobilières peuvent être expropriées. Je crois que c'est une erreur que je démontrerai, en m'occupant du titre XIX du Code civil relatif à *l'expropriation forcée.*

(3) N° 390.

(4) Loc. cit.

constances dans lesquelles sont placées les parties, et de l'ensemble des dispositions contenues dans les actes. Telle locution qui dans un cas paraîtrait repousser les héritiers et les cessionnaires pourra fort bien, à raison d'une clause insérée au contrat ou d'un fait qui l'a précédé, présenter un sens différent. Je crois donc que les opinions émises par les jurisconsultes, sur de semblables difficultés, ne doivent être adoptées qu'avec réserve et précaution.

19. Avant le Code civil, les parties pouvaient déterminer, ainsi qu'elles le jugeaient convenable, le temps durant lequel le vendeur avait le droit d'exercer le réméré.

Si elles n'avaient point fixé de durée, le droit se prescrivait par trente ans comme tous les autres droits. (1)

Il se prescrivait par le même laps de temps, quoique le vendeur se fût réservé de racheter la chose, quand il lui plairait. (2)

Mais par des intentions louables, mais qui peut-être n'étaient pas assez mûries, les rédacteurs du Code n'ont pas voulu que la faculté de rachat

(1) Tiraqueau, § 1, glos. 2. n° 1. Chopin, lib. 3 de *doman.* tit. 9 n° 1; Pothier, n° 392. Coutume de Paris, art. 120.

(2) *Toutes et quantes fois que bon lui semblerait*, dit Despeisses, tit. I. sect. VI, § 8, n° 12; il cite Tiraqueau, § 1, glos. 2, n° 6, 7, 9, 10 et 11, plusieurs auteurs et une foule d'arrêts des divers parlemens. *V.* aussi Répertoire de jurisprudence, v° *Faculté de rachat*, n° 4. Fachin, lib. II, cap. XIII, pense, au contraire, qu'un tel pacte ne pouvait se prescrire même par cent ans. Il cite de son côté de nombreuses autorités et plusieurs décisions de la chambre impériale indiquées par Mynsinger, *cent.* 1, *observat.* 16.

pût être stipulée pour un terme excédant cinq années. Ils ont déclaré que, si elle a été stipulée pour un terme plus long, elle est réduite à ce terme. (art. 1660)

« Le bien public, disait M. Portalis, ne comporte pas que l'on prolonge trop une incertitude qui ne peut que nuire à la culture et au commerce » (1). L'intérêt public, ajoutait M. Grenier, s'oppose à ce que les propriétés demeurent pendant long-temps incertaines et flottantes. » (2)

Sans doute, il est utile que la propriété des choses ait de la certitude et de la fixité; mais on doit s'étonner que le législateur qui, par une foule de dispositions, a cru pouvoir lui-même la placer dans un état précaire (3), ait ici opposé un obstacle invincible aux combinaisons des parties, et renfermé dans un cercle étroit les calculs de l'intérêt privé. L'incertitude qui naît des stipulations des contrats, a beaucoup moins d'inconvéniens, que celle qui résulte des termes de la loi. La propriété, qu'une clause expresse du titre translatif rend résoluble, se présente à tous les yeux avec ce vice originaire; il suffit, pour l'apercevoir, de lire le contrat. Lorsque, au contraire, c'est d'un texte de loi que naît l'incertitude, l'ignorance n'est pas légalement possible, mais elle existe souvent en réalité; et des engagemens se contractent, sans connaissance du germe de dissolution qu'ils renferment.

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 159.

(2) M. Locré, tome XIV, page 251.

(3) *Voy.* ci-après la section II de ce chapitre, consacrée à la rescision pour cause de lésion, n° 69 et suiv.

Permettre au vendeur de se réserver pour plusieurs années le droit de reprendre sa chose, ordinairement vendue à vil prix, dont souvent l'aliénation n'est que simulée et sert à déguiser un prêt usuraire, c'était lui offrir des ressources dans l'avenir, sans danger pour personne, pas même pour les tiers avertis, par la clause même du contrat, des chances de résolution. Je crois donc, que la maxime : *laissez faire, laissez passer*, dont, certes, je ne suis pas le partisan trop vif et dont je comprends les dangers, pouvait être ici appliquée sans inconvéniens.

20. Il eût été d'autant plus desirable qu'une concession de délai plus long fût permise ; que le terme est fatal ; que, par son échéance, l'acquéreur demeure propriétaire irrévocable ; et que les considérations, même les plus graves, n'autorisent point le juge à le prolonger. (art. 1661 et 1662)

L'ancienne jurisprudence était tombée dans l'excès opposé à celui que je reproche au Code civil. Non-seulement la déchéance n'était pas encourue, par la seule expiration du terme, et il fallait une sentence pour la prononcer, excepté dans le cas où la prescription trentenaire était accomplie (1) ; mais quoique le terme de la faculté de ra-

(1) Pothier, n° 437 ; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n°s 1 et 3 ; arrêts de la Cour de Paris du 5 février 1810, Sirey, 10. 2. 395 ; de la Cour de cassation du 8 messidor an XII ; Sirey, 4. 1. 352. Palais, 8. 551. Le Répertoire de jurisprudence atteste que, dans le ressort des parlemens de Bordeaux, de Dijon, de Grenoble, de Pau et de Douai, l'expiration du délai emportait déchéance de plein droit. Il cite comme établissant la même règle, l'art. 366 de la coutume de Poitou et l'art. 109 des placités de Normandie, v° *Faculté de*

chat fut fixé par le contrat, on accordait trente ans au vendeur pour l'exercer. (1)

Je suis loin de solliciter une pareille extension; je ne réclame point contre la disposition qui prononce la déchéance, au moment où le délai conventionnel expire; je voudrais seulement que la volonté des parties pût librement s'exercer, pour fixer la durée du délai.

21. Ce vœu doit céder à la puissance d'un texte formel. Le terme le plus long possible est donc de cinq années; il est toujours réduit à ce maximum, soit que la convention ait étendu la durée fixée par le loi, soit qu'elle ait gardé le silence sur le moment auquel doit expirer la faculté. Mais la volonté des parties, impuissante pour franchir les limites établies par l'art. 1660, peut évidemment déterminer une durée moins longue; elle peut aussi imposer au vendeur l'obligation de n'exercer le réméré qu'après un certain temps, pourvu que l'époque indiquée soit comprise dans les cinq années, dans lesquelles il faut toujours se renfermer.

Cette dernière stipulation, qui rejette ainsi l'exercice du droit de réméré à une époque, avant laquelle il ne peut avoir lieu, est licite aujourd'hui, puisque aucune disposition de loi ne

---

rachat, n° 13, et *Retrait conventionnel*, n° 1. *Voy.* aussi Questions de droit, v° *Faculté de rachat*, n° 1.

(1) Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 1 et 3, atteste que cet usage existait dans les Parlemens de Toulouse et de Paris, il cite Maynard, liv. 2, chap. 20 et liv. 4, chap. 39; Ranchin, *Quest.*, 516; Brodeau sur Louet, lettre V, som. 12. *Voy.* aussi Serres, Institutes tit. de *empt. vend.* § 4.

la prohibe, et qu'elle n'a rien de contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. (1)

Dans l'ancien droit, quelques auteurs prétendaient qu'elle était nulle ; par ces raisons véritablement bien frivoles ; que faveur est due au rachat d'un bien, dont on ne s'est dépouillé qu'à regret (2), et que le réméré ne doit point dépendre de la volonté de l'acquéreur (3). D'autres, au contraire, en admettaient la validité, et dans ce nombre on compte Despeisses (4) et Tiraqueau. (5)

22. Le délai commence à courir du jour du contrat; toutefois les parties peuvent indiquer un autre point de départ, toujours à la condition qu'entre le jour du contrat et celui où doit expirer la faculté d'exercer le réméré, il n'y ait pas un intervalle de plus de cinq années.

23. Les conséquences rigoureuses et irréparables qu'entraîne l'échéance du terme donnent un intérêt puissant aux questions qui s'élèvent sur la supputation du délai.

Doit-on comprendre dans le délai le jour *à quo* et le jour *ad quem*, ou doit-on comprendre seulement le jour *ad quem*? Par exemple, la faculté,

---

(1) Voy. infrà, n° 24, un arrêt de la Cour de cassation rendu dans une espèce, où le réméré ne pouvait s'exercer avant le terme de cinq années.

(2) Serres. Inst. *tit. de empt. vend.* § 4; Catelan, liv. 5, ch. 5; Fonmaur, Traité des Lods et Ventes, § 392.

(3) Rousseaud de Lacombe, dans ses observations sur Despeisses, tit. I, sect. VI, § 8, n° 8.

(4) Loc. cit.

(5) Tiraqueau de *retract. convent.* § 1, glos. 2, num. 70.

ayant été accordée pour deux années le 1er janvier 1830, serait-elle utilement exercée le 1er janvier 1832?

M. Toullier, examinant la difficulté d'une manière générale, a montré que, de tout temps, on a regardé le jour *à quo*, comme un point de départ que l'on ne comprend pas dans le délai; et, qu'au contraire, le jour *ad quem* a été constamment considéré comme devant y être compris. (1)

L'application de cette règle à l'espèce que j'ai posée, donne pour résultat que le vendeur aura pu exercer le réméré, le 1er janvier 1832; mais que des offres faites le 2 auraient été tardives. (2)

Si le jour *ad quem* doit être compté, demande M. Toullier, doit-il l'être également, lorsqu'il arrive un *jour férié légal?* Il répond affirmativement. C'est aussi ce qui a été jugé par la Cour d'Angers et par la Cour de cassation, dans les arrêts que j'ai déjà cités. (3)

---

(1) *Voy.* tome XIII, nos 52 et suiv.

(2) Arrêts de la Cour de Besançon du 20 mars 1809; Dalloz, *Vente*, page 905, et de la Cour de Limoges, du 1er juillet 1819, cité dans le *Contrôleur de l'enregistrement*, n° 455. Ce même numéro contient une décision de la régie, conforme à cette jurisprudence. Par acte du 6 janvier 1820, un immeuble avait été vendu avec faculté de rachat *pendant un an à compter du même jour*. Le rachat fut exercé le 6 janvier 1821; le receveur pensa que le réméré était exercé tardivement; qu'en conséquence, ce n'était pas seulement le droit de 50 cent. pour cent qui était dû; que le droit ordinaire de mutation était exigible. La régie a repoussé cette prétention. Arrêts de la Cour d'Angers du 5 mai 1830; Dalloz, 31. 2. 93; de la Cour de cassation du 7 mars 1834; Sirey, 34. 1. 216; Dalloz, 34. 1. 187.

(3) *Voy.* la note précédente. M. Grenier est d'un avis contraire.

24. Il est, on le voit, de la plus haute importance pour le vendeur, de ne point se méprendre sur le jour, passé lequel il serait définitivement dépouillé de sa propriété; il est par conséquent assez sage d'opérer le remboursement un peu avant l'époque déterminée, de ne pas profiter de tout le délai, de ne pas user de tout son droit; mais dans quelques circonstances cette prudente anticipation n'est pas possible; c'est dans les limites d'un jour, d'un seul jour, qu'est renfermé l'exercice du droit du vendeur. Il ne peut avoir lieu ni plus tôt ni plus tard.

Ce cas s'est présenté devant la Cour de Riom et devant la Cour de cassation.

Le 30 mars 1815, une maison avait été vendue, avec réserve de la faculté de réméré, *pour l'espace de cinq années, à compter dudit jour pour finir à pareille époque, et sans que le terme pût être anticipé.*

En ne comptant pas le jour du contrat, le terme *à quo*, la cinquième année n'expirait que le 30 mars 1820. Ainsi et rigoureusement, l'exercice du réméré postérieur à ce jour eût été tardif; antérieur, il était prématuré. Cependant, il a été jugé que les offres faites le 29 mars 1820 avaient eu lieu en temps convenable.

Je conçois très bien qu'une semblable décision ait été rendue, je comprends la répugnance qu'ont dû éprouver les magistrats à frapper de déchéance, un vendeur à qui l'on pouvait reprocher tout au plus un excès de vigilance et de précaution; et qui d'ailleurs n'avait causé aucune

sorte de préjudice à l'acheteur, par l'anticipation. Il me semble enfin qu'en droit il est possible de justifier la solution qu'ont suggérée de si puissantes considérations. La loi a déclaré que le terme fixé pour l'exercice du réméré est de rigueur et ne peut être prolongé; elle a prononcé une déchéance, dont les tribunaux ne peuvent relever le vendeur en retard; mais elle n'a pas montré la même sévérité contre l'infraction commise en sens inverse; elle n'a pas frappé d'une nullité absolue les actes par lesquels le réméré est exercé avant le jour déterminé. En d'autres termes, le législateur n'attache pas à la convention lorsqu'elle fixe le moment avant lequel le réméré ne peut être exercé, la sanction énergique qu'il lui attribue, lorsqu'elle pose le terme après lequel cesse la faculté de rachat. Les juges ont donc, dans un cas, un pouvoir discrétionnaire, qui leur est refusé dans l'autre. Ainsi la Cour de Riom a pu donner effet aux offres faite le 29 mars 1820, quoique, rigoureusement, elles n'eussent dû avoir lieu que le lendemain; elle aurait commis une grave erreur, si elle eût jugé que c'était le 29 mars que le réméré devait être exercé, et qu'il l'eût été tardivement le 30 (1). Elle aurait

---

(1) Le tribunal de première instance de Clermont dit bien dans les considérans de son jugement, que si les offres eussent été faites le 30 mars, elles n'eussent pas été recevables, parce que *le délai pour l'exercice du rachat étant de rigueur, tous les jours doivent se compter, et que le 30 mars aurait commencé la sixième année;* mais la Cour de cassation paraît s'être déterminée par le motif que le tribunal et la Cour avaient *déclaré que les offres n'étaient pas anticipées.* Si les offres eussent été *tardives*, la Cour ne se serait point certainement arrêtée

alors compris le jour *à quo* dans le délai, et j'ai montré que les anciens principes, comme la jurisprudence moderne, veulent au contraire qu'il soit exclus (1).

35. Le délai court contre toutes les personnes, même contre les mineurs; sauf leur recours contre leur tuteur, qui par négligence aurait laissé écheoir le terme sans opérer le remboursement (Cod. civ., art. 1663). Ceci est une conséquence de la règle générale qui fait courir les prescriptions courtes contre les mineurs, en leur réservant le recours contre leurs tuteurs. (Cod. civ., art. 2278.)

Dans l'ancien droit, comme on l'a vu (2), la faculté de réméré, en l'absence d'un délai fixé par la convention, et quelquefois même malgré la fixation d'un délai, ne s'éteignait que par la prescription trentenaire; alors, suivant la règle qu'a reproduite l'art. 2252 du Code civil, et qui fait de la minorité une cause de suspension de la prescription trentenaire, le délai pour l'exercice du réméré ne courait point contre les mineurs. Lorsque au contraire un délai, même de trente ans avait été fixé par la convention, ce délai, parce qu'il était conventionnel, courait nonobstant la minorité (3). Aujourd'hui, la loi ne permettant

---

aux déclarations contraires que les juges du fond auraient faites. Arrêt du 5 décembre 1826, Sirey, 27. 1. 308; Dalloz, 27. 1. 79.

(1) Suprà, n° 23.

(2) Suprà, n° 20.

(3) Pothier, n° 435 et 438, Faber, lib. 7, tit. 13 def. 3; Coquille *sur la Coutume de Nivernais*, ch. 24, art. 23.

jamais d'étendre le délai au-delà de cinq années, on ne peut admettre de distinction, et le délai court toujours contre les mineurs.

26. Au moment où le délai du réméré expire, la condition est purgée; la vente devient irrévocable, de résoluble qu'elle était.

Ainsi, que cela a été expliqué précédemment(1), la déchéance a lieu de plein droit; il n'est pas nécessaire de la faire prononcer en justice, et d'ailleurs les tribunaux ne peuvent proroger le délai.

Mais les parties le peuvent-elles?

Avant l'expiration du délai, oui; pourvu qu'au moyen de la prorogation, le terme ne soit pas placé au-delà des cinq années, à compter du jour de la vente. Autoriser une prorogation qui jointe au délai, primitivement assigné, donnerait à la faculté de réméré une durée de plus de cinq ans; ce serait fournir le moyen d'éluder la prohibition de l'art. 1660, et s'exposer à tous les inconvéniens, qu'elle a eu pour but de prévenir.

Cet argument, que je puise dans M. Troplong, est décisif (2). M. Duranton pense, au contraire (3), que les parties peuvent proroger le délai au-delà de cinq années, et il se fonde sur ce que l'article 1661, en refusant au juge la faculté de prolonger le délai, l'accorde implicitement aux parties. Le rapprochement de l'article 1660 et de l'article 1661, fournit la preuve

(1) *Voy.* suprà, n° 20.
(2) N° 711.
(3) Tome XVI, n° 398.

que l'interprétation de M. Duranton est erronée. Le premier pose, dans les termes les plus absolus, la limite de cinq années. Il dit que la volonté des parties ne peut la franchir, puisqu'il exige que la faculté, stipulée pour un terme plus long, *soit réduite à ce terme.* Puis l'article 1661 défend au juge de prolonger le terme *fixé;* c'est-à-dire, de convertir en clause comminatoire ce qui est une stipulation irritante; d'ajouter, même en se renfermant dans la limite de cinq années, un délai *au délai convenu.* Il n'a pas, il ne peut pas avoir d'autre sens. Le législateur n'avait pas besoin de dire, dans l'article 1661, que le délai ne pourrait être prolongé par le juge, au-delà de cinq ans; lorsque déjà dans l'article 1660, il avait déclaré de la manière la plus explicite que la convention même des parties devait être réduite, si elle excédait la durée quinquennale.

Au surplus, la prorogation accordée par l'acheteur, quoique renfermée dans la limite légale, sera sans effet à l'égard des tiers, qui, avant qu'elle fût consentie, auraient acquis des droits de l'acheteur. Le créancier, par exemple, à qui une hypothèque aurait été consentie sur un immeuble acheté à réméré, avec convention que le réméré serait exercé dans deux ans; serait bien fondé à prétendre que, par l'expiration du délai de deux années, écoulé sans exercice de la faculté de rachat, son droit hypothécaire a été affranchi de la condition résolutoire dont il était d'abord affecté; et qu'une nouvelle convention, intervenue entre l'acheteur et le vendeur, après l'hypothèque à lui

concédée, n'a pu lui imposer une chance moins favorable que celle qui lui avait été offerte.

Après l'expiration du délai, il n'y a plus de prorogation, proprement dite, possible. Sans doute, le vendeur et l'acheteur pourront convenir que, pendant un temps plus ou moins long, le vendeur aura la faculté de reprendre l'immeuble, en remboursant le prix; mais cette convention n'aura pas pour effet de prolonger l'existence du contrat de réméré, relativement aux tiers, ni même à l'égard des parties.

L'expiration du délai ayant rendu l'acheteur propriétaire incommutable; les droits, par lui transmis aux tiers, sont irrévocablement consolidés. L'exercice de la faculté, que le vendeur aura reçue de la nouvelle convention, n'opérera point la résolution de la première vente; dès-lors les hypothèques consenties, les charges établies au profit des tiers par l'acquéreur, et que la résolution de la vente aurait seule pu faire disparaître, continueront à grever l'immeuble.

Entre les parties, l'expression de prorogation, ou toute autre qui indique l'intention de ne pas faire un nouveau contrat et seulement de prolonger l'existence du premier, ne peut ni ôter aux faits accomplis leur caractère, ni modifier leurs conséquences. Au terme fatal, la cause de résolution a cessé; la propriété de conditionnelle qu'elle était, est devenue pure et incommutable. Qu'ensuite l'acheteur revende, s'il le juge convenable, à son vendeur, ou à un autre, il en est le maître; mais il ne dépend pas de lui de rendre à son vendeur

le droit, que celui-ci a irrévocablement perdu, de recouvrer sa propriété par l'effet de l'accomplissement d'une condition résolutoire qui est défaillie. En un mot, il peut conférer un titre nouveau, il ne peut donner vie et effet au titre éteint.

De là, il suit que le titre nouveau dans lequel l'acheteur aura dit, qu'il consent à ce que le vendeur reprenne l'immeuble, en remboursant le prix, n'étant pas, ne pouvant pas être la continuation de la première vente, les règles qui régissent le pacte de *réméré* ne lui sont pas applicables.

Cette nouvelle convention est véritablement une *promesse* de vente unilatérale. Son effet, suivant les principes que j'ai précédemment établis (1), est d'obliger le propriétaire de la chose à la vendre, moyennant un prix convenu, lorsque celui envers qui l'engagement est pris voudra acheter; elle ne transmet pas actuellement la propriété comme elle la transmettrait, si, au lieu de concéder à l'ancien vendeur la faculté d'acheter, on lui en imposait l'obligation.

En conséquence, la vente, consentie à un tiers de bonne foi, avant l'exercice de la faculté, serait valable; l'ancien vendeur ne pourrait point la faire résoudre, en remboursant le prix, comme il pouvait, en exerçant le réméré, opérer la résolution des aliénations consenties par l'acheteur.

Il est d'ailleurs évident que, puisque la con-

---

(1) Voy. Tome XVI (Ier de ma continuation), n° 122.

vention, dont j'examine la nature et les effets, n'est pas une vente à réméré, rien ne s'oppose à ce que la durée de la faculté qu'elle accorde, soit portée à plus de cinq années. Nous sommes ici hors des termes restrictifs et exceptionnels des articles 1660 et 1661; nous rentrons dans le droit commun en matière de contrats, c'est-à-dire, dans la liberté.

27. Le réméré doit être exercé dans le terme prescrit, sous peine de déchéance pour le vendeur. C'est la disposition expresse de l'art. 1662, que déjà plusieurs fois j'ai rappelée. Mais au moyen de quels actes cet exercice doit-il avoir lieu? Est-il nécessaire de former une demande en justice; suffit-il d'une simple sommation; ou faut-il des offres réelles; les offres doivent-elles enfin être suivies de consignation?

Des sentimens divers ont été émis sur ces questions. Avant de les apprécier et d'examiner les raisons sur lesquelles ils se fondent, je crois convenable d'exposer mon avis et les argumens bien simples et bien clairs, si je ne m'abuse, sur lesquels je l'appuie.

La vente à réméré est une vente résoluble sous condition, c'est-à-dire, dont l'existence dépend d'un évènement futur et incertain (Cod. civ. art. 1168). Cet évènement quel est-il? C'est la *restitution* par le vendeur, et dans un délai fixé, du prix principal, et le *remboursement* de certaines prestations (Cod. civ. art. 1659). Or, la condition sera censée défaillie si le temps expire, sans que l'évènement soit arrivé; c'est-à-dire, sans que le

remboursement ait eu lieu (Cod. civ. art. 1176). Il faut donc que le vendeur rembourse et restitue dans le délai stipulé : sans cela il est déchu, et si quelque obstacle provenant du fait de l'acheteur ou d'une autre cause empêche le paiement effectif; il y a nécessité de faire les actes qui sont considérés comme équivalent au paiement, auxquels sont attachés les mêmes effets, les actes qui libèrent le débiteur, comme le paiement; c'est-à-dire, des offres suivies de consignation. (Cod. civ. art. 1257 et suiv.)

Ce résultat est en harmonie avec l'intention qui préside ordinairement aux ventes à réméré, et avec l'idée qu'on se fait communément des obligations qu'elles imposent. Si les opinions répandues dans le vulgaire ne doivent pas enchaîner le jurisconsulte, il ne doit pas non plus les traiter avec trop de dédain, et les rejeter sans examen préalable. Ici elles me paraissent l'expression de la vérité. Qu'entend l'acheteur, lorsqu'il traite? Qu'au jour déterminé il aura l'argent ou l'immeuble. A quoi se soumet le vendeur? A payer à heure fixe, ou à perdre irrévocablement la propriété. En un mot, la pensée que l'argent formant le prix peut seul, étant produit avant le terme fatal, résoudre le contrat, est dans tous les esprits. J'ai démontré que des principes et des textes dérive une semblable conclusion.

La jurisprudence hésite, on doit en convenir. Elle semble ne pas impérieusement exiger des offres régulières suivies de consignation; elle ne dit pas non plus que la seule manifestation de

l'intention d'exercer le réméré suffise; et voici le système vers lequel elle me paraît pencher. Le vendeur ne doit pas se borner à dire, dans le délai du réméré, qu'il entend l'exercer; il faut qu'il conste qu'au moment où il exprime cette intention, il a l'argent nécessaire pour la réaliser, sans toutefois être obligé à faire des offres réelles suivies de consignation. C'est ce qu'a exprimé la Cour de Douai en disant: « Qu'il importe peu « que le procès-verbal d'offres ait été fait par « deux notaires ou par un huissier, puisque la « loi n'exige pas d'offres régulières pour l'exer- « cice de la faculté de réméré; *pourvu qu'il en « conste et qu'ici elles sont d'autant plus con- « stantes en effet*, que la veuve Boudville (l'ac- « quéreur) en a même signé le procès-ver- bal. » (1)

La Cour de cassation a rendu un seul arrêt sur la question, et en étudiant avec soin l'espèce sur laquelle il est intervenu, on voit que des offres réelles avaient été faites; qu'à la vérité, ces offres pouvaient être insuffisantes; que, cependant, elles comprenaient le prix principal, le droit d'enregistrement, les frais dus au notaire, le droit de transcription, etc., sauf à parfaire sur mémoire produit (2). On comprend qu'un arrêt rendu dans cette position et qui se fonde sur les circonstances que je viens de rappeler, quels que

---

(1) Arrêt du 17 décembre 1814. Sirey, 16. 2. 36; Dalloz, *Vente*, page 905.

(2) Sirey, 13. 1. 230; Dalloz, *Vente*, pages 901 et 903.

avaient les termes qu'il emploie dans une autre partie de ses motifs, ne sera jamais considéré comme ayant décidé *in terminis*; qu'une manifestation d'intention, par le vendeur, suffit pour prévenir la déchéance résultant de l'expiration du terme. (1)

Ainsi, peut-être, devrait-on exiger des offres réelles suivies de consignation; car seules elles équivalent au paiement; et le paiement est l'événement constitutif de la condition, dont l'accomplissement résout la vente. Du moins faut-il *qu'il conste* que le vendeur a voulu rembourser le prix et qu'il s'est présenté avec son argent à l'acquéreur. Je ne peux comprendre que la seule parole indicative de l'intention du remboursement suffise.

C'est, cependant, ce que des auteurs recommandables ont soutenu. (2)

Ils disent, que la loi n'exige point d'offres réelles; qu'on ne doit pas imposer une obligation qui n'est pas écrite dans le texte; que le vendeur n'est

(1) Un arrêt de la Cour de Besançon, du 20 mars 1819 semble plus nettement déclarer les offres inutiles; mais il est également rendu dans une espèce où des offres avaient eu lieu, et où il y avait eu aussi plus qu'une simple déclaration de la volonté d'exercer le réméré (Dalloz, *Vente*, page 905). Un arrêt de la Cour de Colmar du 1er mai 1811 serait au contraire favorable à l'opinion, que des offres sont nécessaires, puisqu'il a admis l'exercice du réméré, malgré l'insuffisance des offres, attendu que, *c'était par la faute de l'acheteur que le vendeur n'avait pas offert intégralement le prix*. Sirey. 11. 2. 488; Dalloz, *Vente*, page 905.

(2) M. Dalloz, *Vente*, page 905; M. Troplong, *de la Vente*, n° 718.

pas plus obligé au remboursement du prix, avant la remise de l'immeuble, que l'acheteur n'est tenu de la remise avant le remboursement; que, lorsqu'il y a dans un contrat des prestations réciproques, il n'est pas juste que l'une des parties se dessaisisse plutôt que l'autre; que pour faire des offres, il faudrait que la somme fût liquide, et que souvent elle ne l'est point; qu'aujourd'hui, et d'après les règles de notre législation nouvelle, le consentement seul suffit pour former et pour rompre les contrats; que l'art. 1673 suppose que le défaut de paiement effectif dans le délai fixé autorise seulement l'acquéreur à conserver la possession de la chose, mais qu'il ne le considère point comme une cause de déchéance, puisqu'il dit que le vendeur doit rembourser le prix principal, les frais, réparations, etc., et qu'il ne *peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations*.

Je réponds : Premièrement, si le texte n'exige pas explicitement des offres, suivies de consignation; il veut que le remboursement ait lieu, et il déclare que le délai est de rigueur. Il impose ainsi le devoir de rembourser dans le délai; car, sans cela, le délai ne serait pas de rigueur. Au cas d'impossibilité d'opérer le remboursement, il faut y suppléer par un acte, qui, en droit, produise les mêmes effets, c'est-à-dire, qui libère le débiteur; il faut donc faire des offres réelles, suivies de consignation.

Secondement, il n'est pas exact de dire qu'il s'agit de prestations réciproques et que l'une des

parties ne peut pas être contrainte plutôt que l'autre à exécuter celles qui lui sont imposées. L'acheteur est saisi d'un droit; ce droit est résoluble par l'accomplissement d'une condition, le remboursement du prix; tant que la condition n'est pas accomplie, le droit subsiste; le vendeur qui veut que la résolution s'opère, doit donc faire en sorte que la condition s'accomplisse. En un mot, la résolution du contrat et l'accomplissement de la condition sont des évènemens enchaînés l'un à l'autre, comme effet et cause: il est de la dernière évidence, que la cause (l'accomplissement de la condition, le remboursement du prix), doit précéder l'effet (la résolution du contrat).

Troisièmement, à la vérité, la volonté des parties, seule, crée des obligations et transfère la propriété; mais il peut arriver qu'on ait subordonné la résolution d'un contrat à l'accomplissement d'une condition, c'est-à-dire, d'un fait, d'un évènement; alors la volonté est insuffisante; l'évènement accompli est nécessaire, pour opérer la résolution. Par le pacte de réméré, la résolution de la vente dépend, non de la volonté seule du vendeur, mais du fait du remboursement; et il serait dérisoire de dire que le fait du remboursement et la volonté exprimée de rembourser sont choses identiques, ou du moins, équivalentes.

Quatrièmement, souvent quelques-unes des sommes, dont le vendeur devra le remboursement, ne seront pas liquidés; mais ce ne sera point un ob-

stacle aux offres, et à leur validité. L'on procédera, dans ce cas, en la forme prescrite par l'article 1258 du Code civil; on offrira le prix, les frais, les loyaux coûts, tout ce qui est certain et liquide, puis une somme quelconque pour ce qui est encore incertain, *sauf à la parfaire*. En vain on prétend que, si les offres pour la partie non liquide ne sont pas absolument nécessaires, les offres pour la partie liquide sont inutiles. La loi ne demande pas l'impossible: lorsque le remboursement ou les offres rencontrent un empêchement invincible, il serait déraisonnable de les exiger; mais il ne s'ensuit pas que, lorsqu'ils sont possibles, on puisse s'en dispenser. Et, sans doute, il n'est pas besoin de faire remarquer que l'acheteur assuré, par des offres, du remboursement du principal, est dans une position meilleure, que lorsque rien ne lui est offert, et qu'il n'a qu'une parole de son débiteur pour garantie de toutes les restitutions qui lui sont dues.

Cinquièmement, il faudrait que le texte de l'art. 1673 fût bien explicite pour que, devant lui, dussent céder les argumens et les textes que j'ai invoqués: les auteurs que je combats vont tout-à-l'heure, eux-mêmes, et lorsque j'examinerai s'il est nécessaire de former une *action* en justice dans le délai du réméré, nous montrer comment les dispositions, même les plus claires, sont susceptibles de restriction. Au surplus, l'art. 1673 ne dit point que la volonté exprimée de rembourser constitue l'exercice du réméré; il énonce seulement que l'acquéreur est autorisé à conserver la

résoudre à une époque fixe, dont la résolution est subordonnée à une décision judiciaire. Puis quelle règle suivront les juges; prononceront-ils la résolution, parce que le remboursement n'était pas fait au jour de la demande; ou admettront-ils un remboursement postérieur? L'un serait aussi légal que l'autre, car, une fois placé hors du délai de *rigueur*, tout est discrétionnaire, et les principes qui dominent le contrat, connu sous le nom de vente à réméré, sont bouleversés.

J'ai insisté sur ce point qui me semble d'un grand intérêt; j'ai cru devoir prémunir les vendeurs contre des illusions qu'ils ne sont que trop disposés à accueillir, et en même temps défendre les acquéreurs contre une doctrine, dont l'application les priverait de tous les avantages sur lesquels ils ont dû compter.

Les auteurs anciens ont examiné la question: le plus grand nombre a pensé que des offres réelles, suivies de consignation, étaient nécessaires (1); quelques-uns, dont l'opinion semble avoir été adoptée par la jurisprudence moderne, n'exigeaient que des offres sans consigna-

---

(1) Tiraqueau, § 4, glos. 6, n° 1 à 5; Coquille, *Quest. et Répons*, ch. 261; Charondas, *Rép.*, liv. 10, ch. 36; Voët *de leg. com.* n° 7; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 8, n° 2; Catelan, liv. 7, ch. 3. *Voy.* les art. 366 de la coutume de Poitou, 77 de la coutume d'Angoumois, et chap. 16, art. 1 et 3 de la coutume de Lodunois, cités dans le commentaire de Lelet, sur l'art. 366 de la coutume de Poitou; M. Merlin, Questions de droit, v° *Faculté de rachat*, atteste que, d'après la jurisprudence du Parlement de Navarre, il fallait des offres suivies de consignation. *Voy.* loi 7, Cod. *de pact. inter empt.*

tion (1); un petit nombre enfin ne réclamait qu'une manifestation de volonté. (2)

28. Puisque le remboursement ou les offres produisent l'effet attaché à l'accomplissement de toute autre condition, il est certain que du jour où les offres sont faites, la vente est résolue; ainsi les offres seules constituent l'exercice du réméré. Peut-être faudra-t-il s'adresser à la justice pour contraindre l'acheteur, dont le titre est résolu, à remettre la chose qu'il s'obstinerait à retenir; mais l'action n'est pas nécessaire pour opérer la résolution, pour exercer le réméré. Aussi, et quoique plusieurs articles du Code (3) emploient cette expression: *action en réméré*, on a bien senti que cette locution n'indique point l'obligation de former une demande en justice, avant l'expiration du délai. Tous les auteurs sont unanimes, et la jurisprudence est constante à cet égard (4). Je crois devoir ajouter que, pour exercer le réméré, ce ne sont pas à proprement parler des actes in-

---

(1) Perez, Cod. loi 7, *de pactis inter empt.* Mantica *de ambiguis*, lib. 4, tit. 32, n° 11.

(2) M. Troplong cite Faber, Cod. lib. 4, tit. 6, def. 6. Après bien des recherches, je n'ai pas trouvé d'autre autorité que la sienne.

(3) Art. 1662, 1664, 1668, 1671, 1672.

(4) *Voy.* les arrêts précédemment cités dans le n° 27. Répert. de jurisprudence de M. Favard de Langlade, v° *Faculté de rachat*; M. Duranton, tome XVI, n° 403. M. Troplong, n° 716 et suiv., fait remarquer que, dans la section consacrée à la faculté de rachat, les locutions, *user de la faculté de achat* et *exercer l'action en réméré*, sont employées l'une pour l'autre; qu'ainsi, il faut toujours revenir à savoir, ce qui constitue l'exercice du réméré, sans se préoccuper de l'emploi de telle ou telle expression.

terruptifs de prescription qu'il faut faire; qu'ainsi ce n'est pas une action qu'on doit intenter; que le contrat est subordonné à une condition résolutoire; que, l'évènement accompli, tout est consommé; le contrat est résolu sans l'intervention de la justice.

---

§ II.

Des droits de l'acheteur et du vendeur pendant la durée du délai de réméré.

SOMMAIRE.

29. *Droits du vendeur. Il peut vendre et hypothèquer l'immeuble vendu à réméré. La vente et l'hypothèque auront effet, si le réméré est exercé.*
30. *La faculté de rachat n'ôte point au vendeur le droit de demander, même avant l'expiration du délai, la rescision pour cause de lésion.*
31. *Droits de l'acheteur. Il peut aliéner et hypothéquer. Conciliation de ce droit avec le droit d'aliéner et d'hypothéquer attribué au vendeur.*
32. *L'acheteur prescrit, tant contre le véritable maître, que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue.*
33. *Il peut opposer le bénéfice de discussion aux créanciers hypothécaires du vendeur.*

29. J'ai, dans le précédent paragraphe, indiqué les caractères du contrat de réméré, je n'ai plus qu'à tirer les conséquences d'un principe, pour

déterminer la nature des droits et des obligations du vendeur et de l'acheteur.

Le vendeur a un droit de propriété subordonné à une condition suspensive, et l'accomplissement de la condition rétroagit au jour du contrat; en conséquence le vendeur sera censé avoir toujours été propriétaire, si la condition vient à s'accomplir. Il peut donc vendre l'immeuble, il peut aussi le grever d'hypothèque; l'art. 2125 Cod. civ. attribue ce droit d'une manière générale à tout propriétaire sous condition résolutoire ou suspensive, en avertissant seulement que l'hypothèque reste soumise aux conditions qui affectent la propriété.

C'est parce qu'on n'est point remonté franchement aux principes qui dominent la matière, qu'on ne s'est pas fait une idée juste et exacte des droits qu'a le vendeur à réméré sur la chose vendue, pendant la durée du délai; qu'on est arrivé à douter de la validité des ventes et de l'efficacité des hypothèques qu'il a consenties.

On a soutenu que vendre l'immeuble, précédemment vendu à réméré, c'est vendre la chose d'autrui; que la résolution ultérieure de la première vente ne donne point force et effet à la seconde, par la raison que la rétroactivité de la condition ne profite qu'aux parties contractantes, et ne peut être invoquée par les tiers. On a reconnu que le droit d'exercer le réméré est cessible; mais on a pensé qu'autre chose est vendre l'immeuble sujet à réméré, autre chose céder la faculté même d'exercer le réméré; que

celui qui a vendu l'immeuble, au lieu de céder le droit, *fecit quod non potuit, non fecit quod potuit.* Tel est le système qui est développé dans un arrêt de la Cour d'Amiens, confirmé par la Cour de cassation. (1)

Un arrêt de la Cour royale de Paris, dont la Cour de cassation a aussi approuvé la doctrine, paraît être rendu sous l'influence des mêmes idées.

Dans la première espèce, la vente a été déclarée nulle, comme vente de la chose d'autrui; dans la seconde, au contraire, elle a été maintenue; mais c'est, dit la Cour de Paris dans ses considérans, parce que, si des immeubles déjà vendus à réméré ont été compris dans la seconde vente, le vendeur a subrogé son acquéreur dans tous ses droits pour exercer la faculté de réméré, et que même l'entrée en jouissance n'a été fixée qu'à partir de l'époque où le réméré aurait été exercé; qu'ainsi, quoique le contrat soit qualifié vente d'immeubles, *il n'est autre chose que la cession du droit de réméré* qu'aucune disposition de la loi ne prohibe. (2)

D'abord, quelle que soit la différence des expressions, il n'y en a véritablement aucune, pour le fond des choses, entre la vente de l'immeuble rachetable, et la cession du droit de réméré. Celui qui achète l'immeuble placé entre les mains d'un tiers par une vente précédente, condition-

(1) Arrêt du 4 août 1824; Dalloz, v° *Vente*, page 906.
(2) Arrêt du 7 juillet 1829, Sirey, 29. 1. 258; Dalloz, 29. 1. 293.

nellement résoluble, n'entend acquérir qu'un droit conditionnel, qu'une propriété éventuelle; et il sait que l'exercice du réméré est le seul moyen d'opérer la résolution de la première vente, dont l'existence fait obstacle à l'exécution de la seconde. C'est donc le droit de réméré qu'il a en vue, lorsqu'il dit qu'il achète l'immeuble; et, réciproquement, c'est l'immeuble qu'il considère, lorsqu'il acquiert le droit de réméré.

D'ailleurs, en supposant qu'il y eût vente de la chose d'autrui, et que lorsque la condition s'accomplit, elle n'eût pas d'effet rétroactif; du moins du jour de la condition accomplie, la propriété serait rendue au vendeur et de ce jour, aussi, le vice qui rendait la vente nulle se trouverait couvert. (1)

Enfin, le système des arrêts que j'ai cités repose en entier sur cette idée, que la rétroactivité de la condition ne profite qu'aux parties contractantes; que les tiers n'ont pas le droit d'en argumenter. La Cour d'Amiens le dit formellement; et elle est bien obligée de poser ce principe; car si le second acheteur est autorisé à dire que, même relativement à lui, l'exercice du réméré résout la première vente *ab initio;* qu'il remet les choses au même et semblable état que si cette vente n'avait pas eu lieu (Cod. civ. art. 1183); que par conséquent le vendeur est réputé avoir toujours été propriétaire; il faudra bien avouer que le vendeur

(1) Voy. à cet égard, nomb. XVI [illegible] de ma Continuation, n° 139).

est censé avoir vendu sa chose et non *la chose d'autrui*. Examinons donc cette théorie qui refuse aux tiers le bénéfice de la rétroactivité des conditions. Pour démontrer qu'elle est fausse, il n'est besoin ni d'une longue discussion, ni de grands efforts. Une foule de textes la condamnent. L'art. 1673 déclare résolus les droits d'hypothèque conférés par l'acheteur, lorsque le réméré est exercé. Pourquoi donc la résolution qui nuit aux tiers, ne pourrait-elle pas leur profiter? L'art. 2125 dit précisément: qu'un droit d'hypothèque peut être conféré sur un immeuble dont la propriété est conditionnelle. Pourquoi le droit de propriété ne serait-il pas lui-même transmissible avec tous les avantages que la loi attribue à l'accomplissement des conditions? Enfin, l'acheteur d'un immeuble précédemment vendu à réméré, n'est point un tiers à l'égard de son vendeur; il est au contraire son représentant; il est saisi de tous ses droits et habile à les exercer comme lui-même.

Il faut donc tenir pour constant que le vendeur à réméré peut, pendant que le délai court, vendre l'immeuble, ou céder le droit de réméré; et que ces deux conventions doivent produire le même effet.

On a déjà vu aussi qu'une hypothèque est valablement conférée, aux termes de l'art. 2125, sur l'immeuble, dont le vendeur à réméré est propriétaire sous condition suspensive. Vainement on dirait que la constitution d'hypothèque exige la propriété actuelle dans la main de celui qui la

confère; le texte de l'article 2125 contient la réponse à l'objection; et ce que je viens de dire pour la vente me dispense d'insister davantage. (1)

30. La faculté de rachat n'ôte point au vendeur le droit de demander, même avant l'expiration du terme, la rescision de la vente pour cause de lésion (2). La clause de réméré n'a rien d'incompatible avec l'idée de rescision, pour vilité du prix; le vendeur a un double moyen pour rentrer dans sa propriété, l'un fondé sur la loi, l'autre résultant de la convention; il peut à son gré exercer celui qui lui convient le mieux.

31. L'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire. Cette proposition, bien entendue, suffit à la solution de toutes les questions qui peuvent s'élever sur la nature et l'étendue de ses droits. Il perçoit les fruits, jouit en maître, subit les charges, consent des baux; il peut alié-

---

(1) Cette opinion est conforme à celle de M. Tarrible, Rép. v° *Hypothèque*, sect. 2, § 3, art. 3, n° 5; de M. Persil, Rég. hyp., tom. I page 276, n°. 9, 3e édit.; de M. Delvincourt, tome III, page 292, notes; de M. Battur, *Traité des hypothèques*, tome 2, n° 284, 2e édit.; de M. Troplong, *des Hypothèques*, tome II, n° 469. Elle a été consacrée par un arrêt de la Cour de Douai du 22 juillet 1820. Sirey, 21. 2. 247. *Voy.* en sens contraire, M. Grenier, *Traité des hypothèques*, tome I, n° 153. Un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1825 (Sirey, 26. 1. 275 et Dalloz, 26. 1. 43), et un arrêt de la Cour de Bordeaux du 5 janvier 1833 (Sirey, 33. 2. 188, et Dalloz, 33. 2. 94), paraissent aussi refuser à l'hypothèque consentie par le vendeur toute efficacité; mais il est à remarquer, que ces arrêts ont été rendus dans des espèces où le réméré a été exercé, non par le vendeur, mais par un cessionnaire du vendeur. J'examinerai, en parlant des hypothèques, l'influence qu'a pu exercer sur la solution ce fait particulier.

(2) Arrêt de la Cour de Bourges du 11 mars, 1827; Sirey, 29. 2. 112. Répertoire de jurisprudence, v° *Retrait conventionnel*, n° 6.

ner, hypothéquer ; et l'on comprend que les droits qu'il confère, sont, comme celui en vertu duquel il agit, subordonnés à la condition du rachat. (1)

Ce droit qui appartient à l'acheteur, de vendre et d'hypothéquer, a paru à quelques jurisconsultes un obstacle à ce que le même droit fût attribué au vendeur (2). Cependant, rien n'est plus aisé à concilier. Quoiqu'il paraisse paradoxal de soutenir que la propriété d'une même chose réside en même temps sur deux têtes différentes; il est vrai que le vendeur et l'acheteur peuvent, l'un et l'autre, vendre et conférer hypothèque, parce qu'ils sont l'un et l'autre propriétaires; l'un sous une condition suspensive, l'autre sous une condition résolutoire. Il faut même dire que, par cela qu'on reconnaît à l'un la propriété suspendue par une condition, on suppose nécessairement que l'autre a une propriété résoluble par cette condition même. Toute condition a ce double caractère; et c'est le point de vue auquel on se place, qui fait qu'on la nomme tantôt suspensive, tantôt résolutoire.

32. L'acheteur à réméré peut, comme tout autre acquéreur, prescrire tant contre le véritable maître, que contre ceux qui prétendraient des droits ou hypothèques sur la chose vendue. (Code civil art. 1665.)

---

(1) *Voy.* dans le paragraphe suivant, quels sont les droits conférés par l'acheteur aux tiers qui se résolvent par l'exercice du réméré.

(2) *Voy.* suprà, n° 29.

33. Il peut opposer le bénéfice de la discussion aux créanciers du vendeur, inscrits sur l'immeuble (Cod. civ. art. 1666). C'est l'application de la règle générale, faite pour tous les tiers détenteurs qui ne sont pas personnellement obligés à la dette pour laquelle l'hypothèque a été consentie. On sait qu'ils peuvent, s'il est resté d'autres immeubles hypothéqués à la même dette dans la possession du principal obligé, en requérir la discussion préalable; à moins que le créancier qui provoque la vente ne soit privilégié ou porteur d'une hypothèque spéciale sur l'immeuble (Cod. art. 2170 et 2171). Le bénéfice accordé par l'art. 1666 n'est ni plus favorable ni plus étendu que celui dont parlent les articles 2170 et 2171. Où serait donc la raison de préférence pour l'acheteur à réméré sur tout autre acquéreur? (1)

---

§ III.

De l'exercice du réméré, de son mode et de ses effets, relativement aux parties et relativement aux tiers.

SOMMAIRE.

34. *Divisibilité du droit de réméré.*
35. *Le droit d'exercer le réméré se divise entre les co-vendeurs, ou les héritiers du vendeur; sauf la faculté*

---

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 412.

qu'à l'acheteur d'exiger que tous les co-vendeurs, ou tous les héritiers se concilient pour la reprise de l'héritage entier. Hypothèses diverses.

36. *Si la vente a été faite solidairement par plusieurs, la divisibilité cesse.*

37. *Celui qui dans ce cas a exercé seul le réméré a action contre chacun de ses co-vendeurs, pour le remboursement de sa part ; il n'est point devenu propriétaire de l'immeuble, comme subrogé aux droits de l'acquéreur.*

38. *La faculté d'empêcher le retrait partiel n'est accordée à l'acheteur, que lorsque la vente d'un immeuble commun à plusieurs lui a été faite conjointement et par un même acte.*

39. *L'obligation de souffrir l'exercice du réméré se divise entre les co-acquéreurs ou les héritiers de l'acquéreur.*

40. *Les co-acquéreurs réunis ne peuvent empêcher l'exercice du retrait partiel ; à moins qu'il ne soit démontré que la chose a été acquise pour rester en commun.*

41. *Le réméré ne peut être exercé contre chacun des héritiers de l'acheteur, que pour sa part héréditaire, avant le partage.*

42 *Après le partage, le vendeur peut exercer le réméré contre chaque héritier, pour la partie qui est tombée dans son lot, et par conséquent pour le tout, contre celui à qui tout est échu.*

43. *Lorsqu'une chose a été acquise en commun par plusieurs, le vendeur a contre eux, durant l'indivision et après le partage, les mêmes droits que contre les héritiers de l'acquéreur unique.*

44. *Prestations dont le vendeur est tenu pour exercer le réméré.*

45. *Du remboursement du prix principal. Ce qu'il embrasse.*

46. *Du remboursement des loyaux coûts. Renvoi.*

47. *Du remboursement des réparations. Distinction entre les réparations nécessaires, utiles, d'entretien et voluptuaires.*

48. *Limitation de l'obligation imposée au vendeur de rembourser les dépenses utiles, jusqu'à concurrence de la plus-value.*

49. *Des dépenses d'entretien et voluptuaires; des contributions ordinaires et extraordinaires.*

50. *Nonobstant la résolution, l'acquéreur conserve les fruits. Motifs de cette dérogation aux effets de la résolution.*

51. *L'acheteur est autorisé à conserver la chose, jusqu'à la liquidation et au paiement de toutes les prestations qui lui sont dues.*

52. *L'acheteur qui consent à abandonner la chose, avant d'être payé, n'est point privilégié pour ce qui lui est dû.*

53. *L'acheteur doit jouir en bon père de famille. Il est tenu des dégradations causées par sa faute, ou résultant du défaut d'entretien.*

54. *Principe qui domine toutes les questions qui naissent de l'exercice du réméré.*

55. *L'acquéreur doit restituer l'alluvion survenue depuis la vente; le trésor trouvé dans le fonds; sauf le droit d'inventeur.*

56. *En règle générale, les fruits perçus depuis le jour de la vente, jusqu'au jour de l'exercice du réméré appartiennent à l'acheteur. Exceptions.*

57. *Principe unique à l'aide duquel il doit être statué sur les différentes espèces.*

58. *Lorsqu'il y a lieu au partage proportionnel des fruits entre le vendeur et l'acquéreur, l'acquéreur doit prélever les frais de culture, qu'il a avancés.*

59. *Le droit aux fruits ne cesse pour l'acheteur que du jour de la consignation du prix, par le vendeur.*

60. *Par l'exercice du réméré, tous les droits transmis par l'acheteur sont résolus.*

61. *L'action peut être formée directement contre les tiers, sans mettre en cause l'acheteur.*

62. *Si l'usufruit est séparé de la propriété, l'action doit*

être intentée contre l'usufruitier et le nu-propriétaire.

63. *En exerçant le réméré contre des tiers, le vendeur n'est tenu que des prestations dont il eût été tenu envers l'acquéreur.*

64. *Il doit rembourser à celui à qui l'acquéreur a revendu, le prix porté dans la première vente, encore que le prix de la seconde fût inférieur.*

65. *Le vendeur doit exécuter les baux faits de bonne foi par l'acheteur.*

66. *Depuis le jour de la vente, jusqu'à l'exercice du réméré, il y a suspension de la prescription, soit à l'effet d'acquérir, soit à l'effet d'éteindre des servitudes entre le fonds vendu et un autre fonds appartenant à l'acquéreur.*

67. *De la renonciation tacite, par le vendeur, au droit de réméré.*

34. Le droit d'exercer le réméré, comme l'obligation d'en subir l'exercice, sont nécessairement divisibles, lorsque l'objet du contrat est divisible lui-même.

Les conséquences de la divisibilité se manifestent, soit que plusieurs acquéreurs ou plusieurs vendeurs aient concouru à la vente, soit que, le vendeur ou l'acheteur étant décédé, les héritiers de l'un ou de l'autre figurent dans l'exercice du réméré; car entre le vendeur et l'acheteur, quelque divisible que soit la chose, le rachat, comme tout autre droit, ne peut être exercé que pour le tout. (Cod. civ. art. 1220.)

35. Si plusieurs ont vendu conjointement, et par un seul contrat, un héritage, dont ils étaient propriétaires en commun, chacun ne peut exercer l'action en réméré que pour sa part; il en est de

même, si celui qui a vendu un héritage, dont il était seul propriétaire, a laissé plusieurs héritiers. Chacun des héritiers ne peut user de la faculté de rachat que pour sa portion héréditaire. (Cod. civ. art. 1668 et 1669.) (1)

Mais l'acheteur, par l'effet de ces actions divisées et partielles, serait exposé à n'avoir que des parcelles, plus ou moins considérables, de l'héritage qu'il a acheté pour le posséder entier. La loi a prévu cet inconvénient, et a donné à l'acheteur le moyen de le prévenir : il peut exiger que tous les covendeurs ou tous les cohéritiers soient mis en cause, afin de se concilier entre eux pour la reprise de l'héritage entier; et s'ils ne se concilient pas, il est renvoyé de la demande (2). C'est la disposition textuelle de l'art. 1670.

Il faut remarquer qu'elle confère à l'acheteur la faculté d'exiger le retrait en entier; qu'elle ne lui en fait point une obligation; si donc il plaît à l'acheteur de souffrir l'exercice du réméré de la part de l'un des vendeurs ou de l'un des héritiers et de conserver les autres portions de l'héritage, il est le maître de supporter le morcellement. Quelques auteurs anciens pensaient que l'un des vendeurs, ou l'un des héritiers devait être admis à exercer le réméré pour le total, en donnant cau-

---

(1) Dumoulin, *Tract. divid et indiv.*, part. 3, n° 582, 583 et 584; Pothier, n° 397.

(2) Dumoulin, *Tract. divid. et indiv.* part. 3, n° 583 et sur la coutume de Paris, § 78, glos. 1, n° 7.

tion à l'acheteur de le garantir contre l'exercice du réméré, de la part des autres héritiers ou vendeurs; mais Pothier (1), suivant l'avis de Dumoulin (2), enseigne que chaque héritier ou chaque vendeur, n'étant saisi que d'une partie de l'action en réméré, ne peut l'exercer que pour cette partie et qu'il dépend de l'acheteur de conserver, s'il le juge à propos, les autres portions.

Si tous les cohéritiers ou tous les vendeurs consentaient à ce que l'un d'eux usât de la faculté de réméré pour le tout, l'acheteur ne pourrait pas plus s'opposer à l'exercice du droit qu'il ne le pourrait, si un cessionnaire qui aurait réuni les parts de tous se présentait seul pour reprendre l'immeuble.

On a demandé si l'acheteur, qui aurait réclamé la mise en cause de tous les cohéritiers ou de tous les covendeurs, serait fondé à repousser le réméré exercé par quelques-uns seulement, sur le refus des autres; en disant que, dans ce cas, il n'y a pas concours de toutes les volontés pour reprendre l'immeuble; qu'il n'y a pas conciliation, comme l'exige l'art. 1670.

Cette argumentation de l'acheteur ne devrait pas être accueillie. Lorsqu'en résistant à l'exercice partiel du réméré, il a exigé la mise en cause de tous les covendeurs, ou de tous les cohéritiers; qu'a-t-il voulu, qu'a-t-il demandé du moins im-

---

(1) N° 397.
(2) *Tract. divid et indiv.* loc. cit.

plicitement? Qu'on lui laissât l'immeuble, ou qu'on le reprît en entier. On lui offre précisément d'exercer le retrait pour tout l'héritage; son vœu est rempli, son but est atteint. Il n'a intérêt, ni droit de s'enquérir de ce qui s'est passé dans les délibérations des vendeurs ou des héritiers; c'est du résultat seul qu'il doit s'occuper; et dès que le prix et les accessoires lui sont payés en entier, il ne peut examiner si c'est par la réunion de toutes les bourses, ou avec les deniers d'un seul. (1)

Ainsi, trois hypothèses qu'il ne faut pas confondre peuvent se présenter.

L'un des héritiers ou des vendeurs prétend exercer seul le réméré pour le tout. Si c'est sans le consentement formel de ses covendeurs ou de ses cohéritiers, l'acquéreur a droit de réclamer les effets de la divisibilité de l'action; de ne rendre que la part du demandeur et de conserver les autres.

Si, au contraire, celui qui exerce le réméré agit de l'aveu de tous, l'acheteur ne peut résister à l'action qui, quoique formée par un seul, est véritablement l'exercice collectif des droits de tous.

Enfin lorsque, sur la demande d'un vendeur ou d'un héritier, l'acquéreur a exigé la mise en cause des autres; il s'est lié, il a renoncé à exciper de la divisibilité de l'action. Pourvu que le réméré soit exercé pour le tout, il a satisfaction; peu

(1) M. Troplong, n°s 749 et 750.

importe que tous les vendeurs ou tous les héritiers agissent collectivement, ou que l'un d'eux procède au nom de tous et de leur consentement, ou enfin que, sur le refus des autres, un seul se présente et offre de payer le prix entier et ses accessoires.

36. Si la vente a été faite solidairement par plusieurs, les effets ordinaires de la divisibilité cessent. Chaque vendeur peut exercer le réméré pour le tout; car chaque créancier solidaire est créancier du total; sauf aux autres vendeurs à faire valoir leurs droits sur l'immeuble racheté, en remboursant, chacun, sa portion du prix et des accessoires qui ont été payés à l'acheteur.

37. Celui qui, dans ce cas, a exercé le réméré est devenu créancier de ses covendeurs de la somme dont chacun était tenu, et qu'il a payée à sa décharge; mais il n'est point devenu propriétaire de l'immeuble, au même titre que l'acquéreur, par l'effet de la subrogation légale aux droits de celui-ci. (1)

38. La faculté qu'a l'acheteur d'empêcher l'exercice partiel du réméré naît de l'intention qu'il a eue d'acquérir l'héritage, pour le conserver en entier. Cette intention est manifeste, lorsqu'il a acheté conjointement et par un seul contrat un immeuble commun à plusieurs. S'il y a eu vente de chaque portion par actes séparés, l'intention

---

(1) L. 2 et 16 ff. *de duobus reis*, Catellan, liv. 5, ch. 58; Pocquet de Livonière, *tit. des retraits*, n° 8; arrêt de la Cour de Lyon du 7 septembre 1826. Dalloz, 27. 2. 89; Sirey, 27. 2. 201.

de n'avoir la chose qu'autant qu'elle resterait entière, ne peut plus être invoquée; et le droit d'empêcher le morcellement, qui en est la conséquence, n'appartient plus à l'acquéreur.

La vente est considérée comme ayant été faite conjointement, lorsque c'est par un seul et même contrat qu'elle a eu lieu. (Cod. civ. art. 1667.)

Cependant il est possible que, malgré l'unité du contrat, il y ait réellement vente séparée, par chaque propriétaire, de sa portion. Si, par exemple, chacun a vendu par une clause distincte avec indication de la part et fixation d'un prix spécial; si même, après avoir énoncé la vente faite par tous, on a déterminé la part de chacun et dans la chose, et dans le prix; ce seront plusieurs ventes distinctes et séparées contenues dans un même acte. Le réméré pourra être exercé par chaque vendeur, pour la portion distincte et séparée qu'il aura vendue.

39. Je viens de considérer la divisibilité du droit de réméré, relativement aux covendeurs et aux héritiers du vendeur; je vais l'examiner maintenant, par rapport aux co-acheteurs et aux héritiers d'un acheteur unique.

Si plusieurs ont acheté en commun une chose divisible, chacun n'est devenu propriétaire que d'une portion; par conséquent l'exercice du réméré ne peut avoir lieu contre chacun que pour sa part. Le vendeur est donc libre d'exercer le retrait contre l'un des acheteurs et de ne pas l'exercer contre les autres.

40. Mais de même que celui qui a acheté l'im-

meuble commun à plusieurs, peut empêcher le morcellement, par la raison qu'il a entendu avoir la chose entière (1); de même, plusieurs acheteurs ne pourraient-ils pas, et par le même motif, empêcher leur vendeur d'user de la faculté de rachât pour partie ?

Celui qui a acheté seul de plusieurs conjointement est autorisé à dire qu'il a voulu conserver entière la chose qu'il a acquise ; au contraire ceux qui réunis ont fait en commun une acquisition, sont censés n'avoir acheté que pour partager (2); ils ne peuvent donc, pour prévenir le rachat partiel, argumenter de l'intention qui sert de fondement au droit qu'a l'acquéreur unique d'empêcher le morcellement.

Mais si des circonstances particulières, si une clause expresse démontraient que l'héritage, acheté par plusieurs, est destiné à un usage tel que la privation d'une portion rendrait la possession du surplus inutile ; l'intention de conserver la chose entière serait alors certaine et ferait cesser les effets ordinaires de la divisibilité, pour les acheteurs réunis; de même qu'elle les neutralise, à l'égard de l'acheteur unique. D'ailleurs, il serait permis dans ce cas d'invoquer le principe qu'a consacré l'art. 1218 du Code civil, et de dire que le droit est indivisible, quoique la chose qui en est l'objet soit divisible par sa nature, puisque le

(1) Voy. suprà, n° 35.
(2) M. Troplong, n° 758.

rapport sous lequel la chose a été considérée répugne à la divisibilité.

41. Lorsque l'acheteur a laissé plusieurs héritiers, le réméré exercé avant le partage ne peut évidemment l'être contre chacun que pour sa part héréditaire.

42. Après le partage, le vendeur a le droit d'agir contre chaque héritier, pour la partie qui est tombée dans son lot; et par conséquent de reprendre l'immeuble entre les mains de celui, dans le lot duquel il se trouve (art. 1672). Ce n'est là au surplus qu'une faculté pour le vendeur; il conserve l'action en réméré contre chaque héritier pour sa part héréditaire; car, comme le remarque très bien M. Duranton (1), chaque héritier est tenu pour sa part de l'obligation de l'auteur commun de rendre la chose, si le vendeur la réclame en temps utile. Le partage, en plaçant l'immeuble dans le lot d'un des héritiers, a créé pour le vendeur le droit de s'adresser à cet héritier, comme détenteur du corps certain qui lui est dû; mais il n'a point anéanti l'obligation dont chaque héritier est tenu.

43. Dans le cas où une chose a été acquise en commun par plusieurs, le vendeur a contre les acheteurs, durant l'indivision et après le partage, les mêmes droits qu'il a contre les héritiers de l'acheteur unique.

44. Pour exercer le réméré, le vendeur doit rembourser le prix principal, c'est-à-dire, celui

---

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 419.

qu'il a reçu ou celui qui a été fixé par la convention, s'il y a eu convention à cet égard. (1)

Il doit, en outre, payer les frais et loyaux coûts de la vente.

45. Le prix principal se compose de toutes les sommes qu'a reçues le vendeur, en cette qualité. Il faut y ajouter la valeur des obligations qui ont été imposées à l'acheteur, et qu'il a accomplies (2). Mais il peut y avoir certaines déductions à faire, notamment dans quelques-uns des cas dont j'ai parlé en m'occupant de la restitution du prix due à l'acheteur évincé. (3)

46. J'ai précédemment expliqué ce qu'on doit entendre par frais et loyaux coûts. (4)

47. Le vendeur est tenu enfin de rembourser les réparations nécessaires en entier, et celles qui ont augmenté la valeur du fonds, jusqu'à concurrence de la plus-value. (Cod. civ. art. 1673.)

Les réparations nécessaires sont celles qui étaient indispensables à la conservation de la chose; sans lesquelles la chose eût péri, ou eût éprouvé de graves détériorations (5) : il serait injuste que le vendeur pût reprendre la chose conservée, sans payer en entier les impenses conservatoires. Le vendeur n'est point dispensé de rendre les

---

(1) Voy. suprà, n° 12.

(2) Pothier, n° 427.

(3) Tome XVI (1er de ma Continuation), n° 360.

(4) *Ibid.*, n° 169.

(5) *Quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.* L. 79, ff. de *verbor. sign.* Tronçon, sur l'art. 146 de la Coutume de Paris.

dépenses de cette nature, quoique depuis qu'elles ont été faites les travaux, dont elles ont été l'objet, se soient détériorés sans la faute de l'acheteur. Il ne pourrait pas même les faire réduire, par le motif qu'il était possible d'exécuter les réparations à meilleur marché, pourvu toutefois qu'il n'y ait rien d'excessif dans ces dépenses. (1)

Les dépenses qui n'étaient pas absolument nécessaires, mais qui ont produit des résultats avantageux sont, par cela même, des dépenses utiles; elles sont dues par le vendeur jusqu'à concurrence de la plus-value qu'elles ont causée. D'une part, on ne devait pas imposer au vendeur l'obligation de payer tout ce qui a été dépensé pour l'amélioration du fonds; c'eût souvent été le rendre victime des calculs hasardeux et des mauvaises combinaisons de l'acheteur. D'un autre coté, il était équitable de faire rembourser par le vendeur la valeur dont les impenses de l'acquéreur ont augmenté la chose; afin que le premier ne s'enrichît pas aux dépens du second.

48. Toutefois, cette obligation de restituer la plus-value n'est pas absolue et sans limites. L'acheteur, en faisant des dépenses utiles, à la vérité, mais excessives, devant produire et produisant en effet un accroissement de valeur considérable, pourrait mettre le vendeur dans l'impossibilité d'user du droit de réméré.

---

(1) Tiraqueau, glos. 1, n° 10 et 17; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 8, n° 3.

Les tribunaux apprécieront les motifs qui ont déterminé l'acheteur, la difficulté qu'oppose la plus-value à l'exercice du réméré; et, selon les circonstances, ils autoriseront le vendeur à reprendre son héritage sans rembourser l'augmentation de valeur, sauf à l'acheteur à enlever, si cela est possible sans dégrader le fonds, les plantations, constructions et autres travaux qu'il aura faits. (1)

Dans plusieurs coutumes (2) on trouve une disposition qui peut encore aujourd'hui être utilement consultée. Elle affranchissait le retrayant, soit lignager, soit conventionnel, de l'obligation de payer la plus-value, lorsque l'exercice du retrait devait avoir lieu dans l'année; et laissait subsister la règle, lorsqu'un temps plus long *était* assigné à l'exercice du retrait. « Cette distinction « est très équitable, dit Pothier: un acheteur ne « souffre pas un grand préjudice d'être empêché « d'améliorer l'héritage pendant le court espace « d'un an; mais il souffrirait un trop grand pré« judice, et ce serait même une chose contraire « à l'intérêt public, s'il en était empêché pendant « un long temps. » (3)

Sans doute, aujourd'hui, la distinction ne doit

---

(1) Tiraqueau, glos, 1, n° 5; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 8, n° 3. Pothier, n° 425. L. 38. ff. *de rei vindicatione.*

(2) Coutumes de Paris, art. 146; d'Anjou, art. 378; de Tours, art. 170; de Loudun, chap. 15, art. 13; d'Angoumois, art. 79; de Poitou, art. 371.

(3) N° 425.

pas être rigoureusement suivie; mais l'esprit qui l'avait dictée peut servir de guide aux magistrats; et la durée, plus ou moins longue du délai accordé pour l'exercice du réméré, sera certainement prise en considération; lorsqu'il s'agira de décider si l'acquéreur a pu raisonnablement, et en bon administrateur, faire certaines améliorations à l'héritage.

49. Il n'est rien dû par le vendeur pour les dépenses voluptuaires (1) et pour les dépenses d'entretien; les unes, parce qu'elles n'ont point de résultat utile pour le vendeur et que l'acheteur doit s'imputer de les avoir faites inconsidérément sur un fonds dont la propriété était résoluble; les autres, parce qu'elles sont une charge des fruits qu'a perçus et que conserve l'acheteur.

Spécialement, les contributions sont une charge des fruits et l'acquéreur ne peut répéter celles qu'il aurait payées; à moins qu'il n'eût été établi des impositions extraordinaires, qu'on devrait considérer comme une charge imposée à la propriété bien plus qu'à la jouissance. (2)

---

(1) *Quæ speciem duntaxat ornant non etiam fructum augent : ut sunt viridia et aquæ salientes, incrustationes, loricationes, picturæ.* L. 79. ff. *de verborum signif.* Voy. tom. XVI (Ier, de ma Continuation), n° 368.

(2) *Voy.* loi du 28 avril 1816, art. 6 et 7. Despeisses semble condamner cette distinction, tit. I, sect. VI, § 8, n° 3; mais Rousseaud de Lacombe dans ses observations *loc. cit.*, en reconnaissant que le mari ou l'usufruitier est tenu de toutes les charges ordinaires et *extraordinaires*, dit qu'il n'en doit pas être de même d'un acquéreur à réméré, dont la jouissance n'est que momentanée, et ne dure qu'au-

50. Selon la rigueur des principes, le vendeur en exerçant le réméré devrait rendre les intérêts du prix et recevoir de l'acquéreur les fruits du fonds perçus pendant l'existence de la vente; car le réméré résout le contrat et remet les choses au même et semblable état que s'il n'y avait pas eu de vente. C'est en faisant application de cette doctrine à la résolution, pour défaut de paiement du prix; qu'on décide que le vendeur, qui obtient la résolution, doit rembourser les intérêts des à-comptes qu'il a reçus (1); et qu'il ne peut forcer l'acheteur à conserver les fruits qu'il a perçus, depuis le jour du contrat jusqu'au moment de la résolution et à payer les intérêts du prix pour la même période. (2)

Cependant, tous les anciens docteurs (3) et tous les auteurs, qui ont écrit depuis le Code civil, enseignent que l'acheteur ne restitue pas les fruits

---

tant de temps que le vendeur le veut; *indemnis enim emptor debet discedere*, l. 27. ff. *de ædilit edict.* l. 29. § *ult. eod.* Il ajoute cependant, que si cet acquéreur avait profité des fruits pendant dix, vingt ou trente ans, il serait juste qu'il supportât sa part des impositions et charges extraordinaires et non perpétuelles à proportion du temps qu'il a fait les fruits siens. L. 6. § *unic.* ff. *si pars hæredit. petat.* Aujourd'hui, cette exception ne peut plus être admise, le réméré étant renfermé dans un délai très court.

(1) *Voy.* tome XVI (I[er] de ma Continuation), n° 453.

(2) *Ibid.* n° 454, et arrêt de la Cour de cassation du 23 juillet 1834. Sirey, 34. 1. 619.

(3) Tiraqueau, *de ret. conv.* § 5, glos. 2, n° 1 à 4; Cujas, *Cod. de Pact. inter empt.*; Charondas, *Réponses*, liv. 3, ch. 33, liv. 12, ch. 54; Maynard, liv. 2, ch. 31; Automne, *ad leg.* 2, *cod. de Pactis inter empt.*; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 8, n° 4.

de la chose, d'où la conséquence que le vendeur ne doit pas les intérêts du prix. J'entends bien que le paiement des intérêts n'est pas dû, si les fruits ne sont pas rendus; mais on voit qu'il n'est pas conforme aux vrais principes sur l'effet des conditions résolutoires, de laisser les fruits à l'acquéreur.

Pothier prétend que, le réméré n'opérant la résolution de la vente que pour l'avenir, tout ce qui est provenu de la chose vendue jusqu'au réméré doit appartenir à l'acheteur. (1)

C'est là précisément ce que je conteste. Je dis, au contraire, que la résolution opérée par l'exercice du réméré a, comme toute résolution qui est l'effet de l'accomplissement d'une condition, un effet rétroactif au jour du contrat; et je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'insister sur ce point de doctrine (2), que confirme le texte même de l'art. 1673, en déclarant que toutes les charges que l'acheteur a créées sur l'immeuble sont effacées par l'exercice du réméré; ce qui suppose bien que le droit de l'acheteur est résolu *ab initio*. (3)

Il faut donc trouver une autre raison que celle qui est indiquée par Pothier. Il me semble que la seule qui puisse être admise, c'est qu'il y a entre les parties une convention tacite que, nonobstant

---

(1) N 406.

(2) *Voy.* art. 1183, Cod. civ. *suprà*, n° 9, 29 et 30; M. Toullier, tom. VI, n° 553 et tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 76, 452 et 453.

(3) M. Duranton exprime très heureusement la différence qui existe entre la doctrine de Pothier et celle qu'on doit suivre. Selon

l'effet rétroactif de la résolution, les fruits resteront à l'acheteur qui les aura perçus.

51. Ce n'est qu'après avoir satisfait à toutes les obligations qui lui sont imposées, que le vendeur peut entrer en possession de l'héritage (Cod. civ. art. 1673). Par conséquent, comme je l'ai déjà expliqué (1), si, au moment où le réméré est exercé, soit par un paiement effectif, soit par des offres réelles, il y a certaines prestations qui ne sont pas liquides; l'acheteur est autorisé à conserver la possession jusqu'à ce que la liquidation ait eu lieu, que les sommes liquidées aient été payées ou offertes réellement et consignées. C'est là tout ce qu'il faut induire des termes de l'article 1673; l'on ne doit pas en conclure, je crois l'avoir bien démontré (2), qu'une déclaration du vendeur, qu'il veut exercer le réméré et qu'il est prêt à payer, suffise pour empêcher la déchéance.

52. L'acquéreur peut ne pas user de son droit

Pothier, dit-il, le droit de l'acheteur serait seulement *fini*, chez nous il est *résolu*, avec cette fiction légale qu'il est censé n'avoir jamais existé, tome XVI, n° 425. On verra ci-après n°s 54 et 55, combien il importe de maintenir ce principe, qui a été si souvent perdu de vue même par les plus savans jurisconsultes. Dans un arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation, rendu sur le rapport de M. Cassaigne, qui, par son savoir et sa haute capacité, fut longtemps l'un des flambeaux et des ornemens de la Cour suprême, on s'étonne de trouver reproduites les paroles de Pothier : *le rachat n'opère la résolution de la vente que pour l'avenir*. Voy. Dalloz, v° *Vente*, page 908, et Répertoire de jurisprudence, v° *Faculté de rachat*, n° 7.

(1) Voy. *suprà*, n° 22.

(2) Loc. cit.

de rétention, il peut se dessaisir de l'immeuble avant d'être payé intégralement et même avant d'avoir rien reçu. Sans doute, en agissant ainsi, il restera créancier du vendeur; mais il perdra la garantie qu'il trouvait dans la détention de la chose; et c'est inutilement qu'il prétendrait se faire considérer comme vendeur lui-même, comme créancier du prix, et, comme ayant, pour le recouvrement de ce qui lui est dû, le privilège que la loi accorde au vendeur. Ce système, présenté de la manière la plus ingénieuse, a été complètement détruit par M. Merlin. (1)

53. L'acheteur, tant que la propriété a résidé sur sa tête, a pu jouir de la chose ainsi qu'il l'a jugé convenable et l'administrer à son gré, comme tout autre propriétaire; mais le jour où le réméré s'exerce, son administration passée le soumet à une certaine responsabilité envers le vendeur. Il a dû prévoir la résolution et la possibilité de la restitution, il a dû jouir en bon père de famille (2). Ainsi, le vendeur reprend la chose dans l'état où elle se trouve. Si elle est dégradée par vétusté, ou par force majeure, il n'a rien à réclamer; mais il a droit d'exiger une indemnité, à raison des dégradations causées par le fait de l'acheteur, ou par le défaut de soin et d'entretien. (3)

54. J'ai dit que l'acheteur n'est pas tenu de

---

(1) V° *Privilège de créance*, sect. 4. § 5, n°s 4 et 5.

(2) *Eâ interim uti debuit*, dit Tiraqueau, *de retr. conv.* n° 66 à 71, *ut bonus pater familias, ut aliâ re subjectâ restitutioni.*

(3) Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 9; Pothier, n° 401.

restituer les fruits, quoique à la rigueur, selon les principes en matière de résolution, cette restitution fût due (1). Mais la doctrine dont on a pu s'écarter par de graves motifs, dans un cas particulier, doit servir à la solution de toutes les autres questions, auxquelles donne naissance l'exercice du réméré. La plupart ont été vivement controversées: elles eussent été tranchées avec plus de certitude et de facilité, si au lieu de se déterminer par des considérations d'équité et des analogies, on eût rappelé constamment ce principe simple et fécond, que l'exercice du réméré est l'accomplissement d'une condition qui résout la vente, avec effet rétroactif au jour du contrat.

55. Ainsi, on a demandé si l'alluvion, survenue depuis la vente, doit être rendue par l'acheteur au vendeur qui exerce le réméré; si le trésor trouvé par l'acheteur est également sujet à restitution? Il faut répondre que la restitution est due dans l'un et l'autre cas; parce qu'on n'a droit à l'alluvion ou au trésor, qu'en qualité de propriétaire (2); que, le réméré résolvant la vente *ab initio*, la propriété est censée n'avoir jamais appartenu à l'acheteur et avoir sans interruption résidé dans la personne du vendeur; qu'il est donc impossible de laisser l'alluvion ou le trésor, conséquences et accessoires du droit de pro-

---

(1) Voy. suprà, n° 50.

(2) L'alluvion, dit l'art. 556, Cod. civ. profite au *propriétaire riverain*. La propriété du trésor appartient à celui qui le trouve dans *son propre* fonds, sauf les droits de l'inventeur, art. 716.

priété, à celui qui est réputé n'avoir jamais été propriétaire, pour les enlever à celui qu'on doit considérer comme l'ayant toujours été.

Fachin, suivant son usage, indique les diverses opinions qui ont été émises sur la question; il cite tous les docteurs, oppose symétriquement les argumens présentés de chaque côté, et se prononce enfin contre la restitution. Despeisses et Pothier sont du même avis. Pour combattre leur imposante autorité, il me suffira de réduire à leur plus simple expression les argumens par lesquels ils se déterminent et de les apprécier, à l'aide des principes que j'ai déjà posés.

J'avoue, dit Fachin, que si la résolution produisait un effet tel que la vente fût censée n'avoir jamais existé, la restitution de l'alluvion serait due; mais il n'en est pas ainsi; car alors il faudrait que l'acheteur restituât aussi les fruits qu'il a perçus: or il les conserve (1). Ainsi, de la restitution des fruits Fachin tire une conséquence générale, relativement au caractère et aux effets de la résolution; tandis que c'est par exception que cette restitution a lieu, comme je l'ai précédemment établi.

Pothier se fonde sur la même raison qu'il exprime plus franchement. « Le réméré, dit-il, ne résout

---

(1) *Si venditio resolvatur, eò quod facta sit sub conditione, sive sub tali pacto ut pro infectâ habeatur, tunc fateor perinde statuendum esse, ac si non facta esset venditio, ac proindè omnia esse restituenda venditori, quæ in medio tempore accesserunt. Secùs autem dicendum, ubi venditio est resoluta ex pacto revendendi, neque enim perinde resoluta esse videtur, ac si facta non fuisset; quia sic etiam fructus medio tempore percepti restituendi essent venditori, quod est falsum*, lib. II, cap. VI.]

« le contrat que pour l'avenir, il le laisse subsister « pour le passé » (1). C'est précisément l'erreur que j'ai déjà signalée (2), et qui se démontre par la simple lecture des articles 1183 et 1673.

Pour Despeisses (3), il se borne à dire qu'il est juste que l'augment profite à l'acquéreur, puisqu'il eût supporté la perte. Fût-il vrai que l'application des principes conduisît à cette conséquence fâcheuse pour l'acheteur, ce ne serait pas une raison suffisante pour admettre le système que je combats. L'acheteur, en se soumettant à la résolution, a dû prévoir les chances défavorables qu'elle pouvait présenter, et il doit les subir lorsqu'elles surviennent. Mais il n'est pas exact de dire que la perte soit nécessairement pour lui et l'avantage pour le vendeur; car il peut se faire que celui-ci exerce le réméré, ou par un sentiment d'affection pour son héritage, ou même parce que l'héritage, malgré la diminution, vaut encore plus que le prix qui avait été payé. Dans ce cas, ce sera sur le vendeur et non sur l'acheteur, que tombera la perte.

Paul de Castro, Cagnolus (4), Tiraqueau (5) professaient l'opinion que j'adopte, et MM. Delvincourt (6), Duranton (7), et Troplong (8) l'enseignent.

---

(1) N° 403.
(2) Suprà, n° 50.
(3) Tit. I, sect. VI, § 8, n° 7.
(4) Cités par Fachin, *loc. cit.*
(5) *De retract. conv.* à n° 91 *usquè ad*, n° 93.
(6) Tome III, page 159, notes.
(7) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 425.
(8) Vente, n° 766.

gnent également aujourd'hui. J'ai cru devoir insister afin de restituer aux principes toute l'influence qui leur appartient, en écartant de la discussion les raisons d'équité, les considérations particulières qui, présentées de part et d'autre d'une manière ingénieuse, laissent l'esprit en suspens et qui, on ne saurait trop le répéter, sont les mortelles ennemies des vraies solutions scientifiques.

56. L'acheteur, ai-je dit, garde les fruits échus depuis le jour de la vente jusqu'au jour de l'exercice du réméré; mais cette proposition est-elle absolue, ne comporte-t-elle point certaines distinctions?

Par exemple, si au moment de la vente, il y avait des fruits pendans, leur perception prochaine a eu de l'influence sur la détermination du prix; l'acheteur a dû consentir à payer plus cher. N'est-il pas équitable, dès-lors, qu'au moment où le réméré s'exerce, il tienne compte de ces fruits pendans à l'époque de la vente et qu'il a perçus, puisqu'on lui restitue le prix qu'il a payé? Si la déduction n'était pas ordonnée, il aurait à-la-fois la chose et le prix.

Supposons, au contraire, qu'au moment où le retrait s'exerce, il y ait des fruits pendans; ne serait-il pas inique de les attribuer au vendeur, qui aurait ainsi joui du prix pendant toute l'année et qui percevrait les fruits de la chose; tandis que l'acheteur, privé du prix, obligé de supporter les frais de culture, n'aurait rien des fruits de l'année? Différentes solutions ont été proposées: on a soutenu que l'acheteur devait faire déduction des

fruits pendans au moment de la vente, parce qu'ils ont augmenté le prix (1); d'autres ont, au contraire, refusé cette déduction. (2)

Quelques auteurs ont pensé que le vendeur devait profiter seul des fruits pendans au moment où il exerce le réméré, sans aucun dédommagement pour l'acheteur. (3)

Ceux qui ont trouvé juste d'accorder une indemnité à l'acheteur se sont divisés sur sa nature et sa quotité; les uns ont pensé qu'il n'avait droit qu'au remboursement des frais de culture (4), les au-

---

(1) Pothier, n° 408.

(2) M. Duranton, tome XVI, n° 424; M. Troplong, n° 769.

(3) Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 8. Il cite une foule d'arrêts et d'autorités; Charondas, *Réponses*, liv. 5, chap. 33, et liv. 12, chap. 54; Maynard, liv. 2, chap. 31; Automne, *ad leg. 2 cod. de pactis inter emptorem*; Bacquet, *des Droits de justice*, chap. 15, n° 55; Chopin, *de Priv. rust.* lib. 3, cap. 5, n° 1. M. Troplong n° 770 suppose qu'en refusant à l'acheteur le partage proportionnel, du moins, tous ces auteurs entendent bien lui accorder le prélèvement des frais de culture. Cela me semble douteux. Despeisses ne s'explique point : Maynard, emploie un langage qui semble repousser l'équitable déduction des frais. « J'ai toujours vu, dit-il, en la Cour (la liberté du rachat ne « pouvant être forcée, ni astreinte à certains temps), que tous les « fruits qui se trouvent pendans, comme faisant partie du fonds, « suivent le vendeur retrayant et qu'ils lui appartiennent *entière- « ment, ni plus ni moins que l'acheteur fait siens, tous ceux qu'il a perçus « et recueillis en vertu de son achat et avant le rachat qui en a été fait.* » Or, l'acheteur ne doit point au vendeur le remboursement des frais de culture. Enfin Maynard ajoute qu'il a trouvé que Charondas en ses réponses avait remarqué des arrêts semblables du Parlement de Paris..... *quelque équité que quelques-uns aient trouvée dans l'avis de la division des fruits, au prorata du temps.*

(4) Pothier, n° 409. Coutumes d'Auvergne, De la Marche, de Lodunois.

tres, qu'il fallait partager les fruits au prorata du temps qui s'était écoulé. (1)

Dans ce conflit d'opinions, on voit non-seulement que l'équité et la justice sont différemment entendues par des jurisconsultes également habiles; mais on s'aperçoit que d'excellens esprits sont quelquefois en contradiction avec eux-mêmes. Ainsi, tel auteur qui décide que l'acheteur ne doit point subir de déduction sur le prix, à raison des fruits pendans au moment de la vente, bien que le réméré s'exerce six mois après; pense que les fruits pendans au moment du retrait doivent être partagés entre le vendeur et l'acquéreur, proportionnellement à la partie de l'année qui s'est écoulée avant le jour du réméré.

Pourquoi veut-on que les fruits extans au moment du réméré soient divisés proportionnellement? Parce qu'il n'est pas juste que le vendeur, qui a joui du prix pendant une année entière, ait la totalité des fruits de cette année. Mais par la même raison, si l'acheteur a perçu les fruits d'une année pendans au moment de la vente, et que le réméré soit exercé au bout de six mois, de trois mois;

---

(1) Raph. Cumanus *in leg. qui Romæ, in princip.* ff. *de verb. oblig.*; Jason, *in d. l. qui Romæ* n° 38; Tiraqueau, *de retract. conv.* § 5, glos. 4, n° 5; Ant. Tessaur. *dec.* 56; cités par Fachin, lib. II, cap. XIV; Ranchin, part. 3, concl. 86; Coquille, *quest.* 304, cités par Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 8; coutumes de Poitou, art. 369, d'Angoumois, art. 78. Pothier dit lui-même que cette opinion lui paraît très équitable. *Voy.* n° 409; le Répertoire de jurisprudence qui le copie à-peu-près, n'exprime pas l'avis auquel il se rattache. *Voy.* v° *Faculté de rachat*, n° 7; M. Duranton, tome XVI, n° 424; M. Troplong, n° 770 et suiv.

comme il n'a été privé du prix que trois ou six mois, il devrait rendre les trois quarts ou la moitié des fruits. Cependant on les lui abandonne en entier, et l'on ne manque pas d'ingénieuses considérations et de motifs plausibles pour justifier cette combinaison.

57. Les circonstances peuvent varier les espèces à l'infini. Si l'on s'attache à exprimer une opinion sur chacune isolément, on s'expose à en laisser plusieurs indécises et à donner des réponses qui ne soient pas toujours en harmonie entre elles: il faut donc rechercher l'idée qui doit dominer toutes les difficultés et la règle de laquelle puissent se déduire logiquement toutes les solutions.

Rappelons-nous que si l'on eût laissé produire à l'exercice du réméré l'effet ordinaire des conditions résolutoires, tous les fruits échus depuis la vente jusqu'au réméré eussent été restitués par l'acheteur au vendeur; et que c'est par suite d'une convention tacite que l'acquéreur garde les fruits, et le vendeur les intérêts du prix. La jurisprudence qui, en supposant une renonciation tacite et réciproque des parties à leur droit rigoureux, a introduit un moyen si facile de règlement, est pleine de sagesse; elle a prévenu les débats longs et compliqués qui auraient presque toujours accompagné la reddition du compte des fruits. Pour bien saisir l'esprit de cet arrangement, on ne doit pas oublier que les intérêts sont pour le vendeur la représentation des fruits, comme les fruits tiennent lieu à l'acheteur des intérêts du prix. Cependant les intérêts

se répartissent entre tous les jours de l'année, chaque jour est productif pour le détenteur du prix (1); les fruits, au contraire, ne se perçoivent qu'à une époque ou à certaines époques de l'année : si donc toujours, et quel que fût l'intervalle écoulé, quel que fût le nombre de récoltes recueillies, l'acheteur avait droit à tous les fruits perçus, et seulement aux fruits perçus, il arriverait tantôt que l'acheteur serait dupe, tantôt qu'il aurait un bénéfice excessif. Des exemples vont rendre cette vérité sensible. Supposons qu'une vigne soit vendue à réméré le 1er août, et que le réméré soit exercé le 1er décembre; l'acheteur aurait tous les fruits de l'année, tandis que le vendeur n'aurait joui du prix que pendant quatre mois. Le sort des deux parties ne serait pas équitablement réglé. De même, si le réméré de la vigne vendue le 1er août 1830 était exercé le 1er décembre 1831, l'acquéreur aurait la récolte de deux années, et le vendeur ne profiterait que de seize mois d'intérêts. Au contraire, dans le cas d'une vente consentie le 1er décembre, l'exercice du réméré ayant lieu le 1er juillet suivant, le vendeur aurait joui du prix pendant sept mois et l'acquéreur n'aurait perçu aucun fruit. Ces exemples démontrent que l'égalité que les parties ont voulu maintenir entre elles serait souvent blessée au préjudice, tantôt de l'une tantôt de l'autre, si la perception de fruits était, toujours et d'une manière absolue, considérée comme l'équivalent

(1) Les *fruits civils* s'acquièrent jour par jour. Cod. civ. Art. 586.

des intérêts échus. Pour qu'il y ait justice parfaite, pour que le vœu des contractans soit atteint; voici la règle générale et simple qu'on doit suivre. Il faut que la compensation entre les fruits et les intérêts s'opère année par année, en prenant pour point de départ le jour de la vente (1); et que si, au moment où le réméré s'exerce, il y a une année commencée, les fruits se partagent entre l'acheteur et le vendeur proportionnellement à la partie de l'année qui est écoulée, soit qu'il y ait eu des fruits pendans au moment de la vente, perçus par l'acheteur, soit qu'il y ait des fruits pendans au moment du réméré.

Ce procédé, d'une application bien facile, donnera toujours des résultats équitables.

Ainsi, en reprenant les espèces que j'ai déjà indiquées, lorsque la vente d'une vigne a été faite le 1[er] août et que le réméré est exercé le 1[er] décembre; comme il n'y a que quatre mois écoulés, l'acheteur ne gardera point toute la récolte, il n'en retiendra que le tiers et rendra le surplus au vendeur, car celui-ci n'aura eu les intérêts du prix que pour un tiers de l'année.

Lorsque la vente étant faite le 1[er] août 1830, le réméré aura été exercé le 1[er] décembre 1831; pour la première année accomplie le 1[er] août 1831 le vendeur gardera les intérêts et l'acheteur les fruits; pour la seconde sur laquelle quatre mois seulement seront écoulés, le partage de la récolte faite aura lieu, dans la proportion d'un tiers pour

---

(1) Anal. art. 1571.

l'acheteur, et des deux tiers pour le vendeur.

Si enfin, dans une vente opérée le 1er décembre le réméré est exercé le 1er juillet suivant, l'acquéreur aura les sept douzièmes des fruits, et le vendeur les cinq autres douzièmes.

Cette règle applicable à toutes les hypothèses, peut, je le sais, être modifiée par la convention; quelquefois même les circonstances seules indiqueront l'intention des parties d'y déroger. Ainsi, il est certain qu'en achetant une chose non productive de fruits, ou qui certainement ne pourra pas en produire dans le délai accordé pour l'exercice de réméré (tel un bois dont la coupe serait reculée au-delà du terme fixé), l'acheteur aura implicitement renoncé à toute perception de fruits, quoique le vendeur jouît du prix. Ce serait la condition à laquelle il se serait soumis; il n'aurait pas le droit de se plaindre.

58. Avant de procéder au partage proportionnel des fruits entre l'acheteur et le vendeur, il faut défalquer les frais de culture, dont l'acheteur est en avance. C'est le revenu net de l'immeuble qui doit être distribué entre eux; si l'on opérait sur le revenu brut, l'acheteur serait évidemment lésé. (1)

59. Le droit aux fruits cesse pour l'acheteur du jour où le réméré est exercé; cependant, si le vendeur s'est borné à faire des offres réelles, qui n'aient pas été suivies de consignation; quoique ces offres suffisent pour constituer l'exercice du

(1) Tiraqueau, *de retract. conv.*, § 5, glos. 4, n°. 17.

réméré (1), elles ne me paraissent pas devoir faire cesser le droit aux fruits pour l'acheteur. Tant que le prix n'est pas consigné, le vendeur en jouit ou peut en jouir; par réciprocité, les fruits doivent appartenir à l'acheteur. Dire que du jour des offres, le vendeur a conservé son argent oisif pour les réaliser quand il en sera requis, c'est supposer un fait, qui a besoin de preuves puisqu'on y cherche le germe d'un droit, et qui n'est pas même vraisemblable; car pourquoi le vendeur ne consignerait-il pas de l'argent qui serait improductif et quel motif l'engagerait à rester chargé d'une responsabilité dont il lui est si facile de s'affranchir? (2)

60. Par l'exercice du rachat, le droit de l'acheteur est effacé; tous les droits dont le sien est la source doivent s'effacer aussi. Le tiers à qui l'acheteur aurait revendu l'immeuble; ceux à qui il aurait donné des hypothèques, ou concédé des droits réels, ne conservent point ce qui leur a été transmis (Cod. civ. art. 1664 et 1673). Ils sont, comme leur auteur, atteints par les effets de la condition résolutoire qui s'accomplit; alors même que la faculté de réméré n'aurait pas été déclarée dans les contrats qui ont été consentis en leur faveur (art. 1664). S'ils ont acquis un immeuble, ou s'ils l'ont accepté comme gage, sans se faire

---

(1) Voy. suprà, n° 27.

(2) Tiraqueau, *de retract. convent.* § 4, glos. 6, n° 5; *de retract. municip.* § 15, glos. 2, n° 15 et 16; Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 8 et § 8, n° 2; M. Delvincourt, tome III, p. 161, notes.

représenter le titre de celui avec qui ils traitaient; c'est une haute imprudence dont ils méritent d'être punis; s'ils ont exigé la production du titre, ils ont dû y voir la clause du réméré. Dans l'une comme dans l'autre position, il est juste qu'elle s'exécute contre eux; car, ou ils l'ont connue, ou c'est par leur faute qu'ils l'ont ignorée.

61. L'action peut être formée directement contre les tiers, sans mettre en cause l'acquéreur (1). Ainsi que l'explique très bien M. Troplong (2), il n'en est pas de l'action en réméré, comme de la demande en résolution pour défaut de paiement du prix. Celle-ci est fondée sur une faute de l'acheteur, dont la preuve doit être faite contradictoirement avec lui (3); ici le vendeur résout la vente par un acte de sa volonté, le remboursement, aussi bien à l'égard des tiers qu'à l'égard de l'acheteur. (4)

62. Si l'usufruit de l'immeuble est séparé de la propriété, l'action doit être intentée tant contre l'usufruitier que contre le nu-propriétaire. (5)

63. Il est incontestable, enfin, que le vendeur en exerçant le réméré contre les tiers, n'est tenu que de rendre le prix et les prestations qu'il devrait à l'acheteur. Ses obligations n'ont pu s'accroître par la transmission de la chose.

64. Mais il devrait le prix porté dans la vente

---

(1) Voy. *suprà*, n° 10, ce que j'ai dit sur la nature de l'action.
(2) N° 732.
(3) Voy. tome XVI (1er de ma Continuation), nos 466 et 467.
(4) Répertoire de jurisprudence, v° *Faculté de rachat*, n° 5.
(5) Répertoire de jurisprudence, *loc. cit.*

qu'il a faite, bien que la revente eût été consentie moyennant un prix moindre. (1)

65. Par exception, les baux faits sans fraude par l'acquéreur doivent être respectés par le vendeur (Cod. civ. art. 1673) : la règle, *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* cesse ici de recevoir son application. Cette dérogation, cette préférence accordée aux locataires sur tous ceux qui ont acquis des droits de l'acheteur à réméré, s'explique par la nécessité de laisser à l'acquéreur les moyens de jouir de la chose, pendant que la propriété réside sur sa tête. Résoudre les baux qu'il a consentis, ce serait lui refuser le droit d'en faire; il ne trouverait pas de preneurs qui voulussent courir les chances de la résolution. A la vérité, ces chances doivent arrêter aussi ceux qui seraient disposés à acheter, ou à qui l'on offrirait hypothèque; mais il n'est pas indispensable que l'acheteur revende ou grève d'hypothèques l'héritage; tandis qu'il y a nécessité qu'il en puisse jouir. (2)

66. On a demandé si, au moment où le réméré s'exerce, le temps qui s'est écoulé depuis la vente peut être compté pour compléter la prescription commencée avant le contrat, soit à l'effet d'acquérir, soit à l'effet d'éteindre des servitudes entre le fonds vendu à réméré et un autre fonds appartenant à l'acheteur.

---

(1) Despeisses, tit. I, sect. VI, § 7, n° 6; Pothier, n° 426.

(2) *V.* Arrêt de la Cour de cassation, du 16 juin 1827, qui maintient les baux consentis par un adjudicataire fol-enchérisseur, Sirey. 27. 1. 324; Dalloz, 27. 117.

Cette question est complexe : il est difficile de la résoudre, et peut-être même de la faire comprendre, sans indiquer les espèces dans lesquelles elle se présente.

Dubois vend à réméré à Durand le domaine du Hêtre, qui est contigu à la terre de la Flèche, dont Durand est propriétaire. Au moment de la vente, Dubois avait cessé d'exercer depuis vingt-neuf ans une servitude établie au profit de la terre du Hêtre sur la terre de la Flèche. Deux ans s'écoulent avant le réméré ; trente-un ans sont accomplis sans exercice de la servitude ; est elle éteinte?

Supposons, au contraire, que la servitude soit constituée au profit du domaine de la Flèche sur le domaine du Hêtre; que Durand ait négligé d'en user depuis vingt-neuf années; après les deux années de l'existence du réméré, la prescription sera-t-elle accomplie et aura-t-elle affranchi le domaine du Hêtre de la servitude?

Si, enfin, Durand ou Dubois prétend avoir acquis sur le fonds de son voisin une servitude continue et apparente, au moyen de la prescription qu'ont complétée les deux années écoulées depuis le jour de la vente ; ces deux années devront-elles en effet être jointes aux vingt-neuf qui avaient précédemment couru?

Sur ces diverses questions, M. Duranton pense que la prescription, soit à l'effet d'éteindre la servitude, soit à l'effet de l'acquérir, est accomplie. M. Troplong, qui n'examine que le premier cas dont j'ai parlé, est d'un sentiment opposé; et c'est celui-là qui me paraît devoir être suivi.

M. Duranton dit que celle des parties contre laquelle la prescription s'est accomplie, ayant un droit conditionnel, pouvait aux termes de l'art. 1180 faire des actes conservatoires. M. Troplong répond que la servitude étant éteinte par la confusion, conséquence de la vente qui a réuni les deux fonds dans une seule main (Cod. civ. art. 705), des actes conservatoires ne pouvaient être faits pour conserver ce qui n'existait plus; que d'ailleurs, celui qui avait cessé d'être propriétaire n'avait plus le droit de faire des actes possessoires, ni par conséquent des actes interruptifs; qu'enfin l'art. 2177, qui décide que les servitudes que le tiers détenteur avait sur l'immeuble qu'il est obligé de délaisser renaissent après le délaissement, doit être appliqué par analogie.

Tout en partageant cette opinion, je crois devoir faire quelques observations sur les raisons qui lui servent d'appui.

Les art. 705 et 2177 sont justement invoqués, lorsqu'il s'agit d'une servitude existante au moment de la vente. La réunion du fonds servant et du fonds dominant l'a éteinte : la séparation des fonds la fait revivre. L'art. 1180 n'offre aucune ressource : ici des actes conservatoires seraient des actes interruptifs; or, l'interruption naturelle n'est possible ni pour le vendeur qui n'a plus la possession de son fonds, ni pour l'acheteur qui détient le fonds asservi et le fonds dominant ; l'interruption civile résulte d'une citation en justice, d'un commandement ou d'une saisie et l'on ne voit pas comment s'y prendrait celui des contractans qui

voudrait donner à l'autre une citation, faire un commandement ou une saisie, pour le cas éventuel de l'exercice du réméré.

Lorsqu'il s'agit non de la prescription d'une servitude actuellement établie, mais de la prescription, à l'effet d'acquérir une servitude continue et apparente, les articles 705 et 2177, n'ont plus trait à la difficulté; mais il reste toujours pour l'acheteur comme pour le vendeur l'impossibilité de faire une interruption civile ou naturelle et cette impossibilité suspend le cours de la prescription.

Si l'on objectait que celui qui possède les deux fonds peut cesser d'user de la servitude, ou modifier l'état des lieux, de manière à empêcher l'exercice de la servitude qui le menace; on répondrait que la cessation de jouissance ou l'obstacle opposé à l'exercice de la servitude n'auraient pas l'effet que leur attribue l'art. 707, lorsque les fonds sont chacun entre les mains d'un propriétaire différent; parce qu'ils sont ici dans la main d'un seul propriétaire.

67. Le vendeur est censé avoir renoncé à l'exercice de la faculté de rachat, lorsqu'il a consenti à la revente que l'acquéreur a faite à un tiers, sans déclarer que l'héritage était sujet au rachat. Tel est l'avis de Despeisses (1) cité par le Répertoire de jurisprudence. (2)

---

(1) Tit. I, sect. VI, § 8, n° 9.
(2) V° *Faculté de rachat*, n° 14.

Selon les mêmes auteurs, il y a aussi renonciation tacite à la faculté de rachat, lorsque le vendeur, après avoir consigné les deniers nécessaires pour exercer le réméré, retire sa consignation.

M. Troplong reproduit cette opinion. (1) M. Merlin (2) dit qu'elle était incontestable dans les pays où, soit par un statut, soit par un usage particulier, la consignation était une formalité nécessaire pour l'exercice du rachat. La présomption de renonciation est donc liée à la nécessité de la consignation; mais, puisque maintenant on pense que la consignation n'est plus exigée; que des offres réelles suffisent, et même, selon M. Troplong, des offres labiales; il est évident que le fait d'avoir retiré la consignation peut se concilier avec l'intention persévérante d'exercer le réméré.

SECTION II.

De la rescision de la vente, pour cause de lésion.

SOMMAIRE.

68. *Division.*

68. Ce n'est qu'après une discussion animée, que le Conseil d'État se détermina à placer la res-

---

(1) N° 726.
(2) Loc. cit.

cision pour cause de lésion au nombre des causes de nullité des ventes. Dans un premier paragraphe, j'exposerai les considérations qui ont fait adopter ce système, j'indiquerai les ventes contre lesquelles l'action en rescision peut être exercée, par qui elle peut l'être, et à quelle quotité doit s'élever la lésion pour donner lieu à la rescision; dans le second paragraphe, je traiterai de l'exercice de l'action en rescision; et enfin dans le troisième, des effets de la rescision entre les parties et relativement aux tiers.

---

§ Ier.

Origine de l'action en rescision. Dans quelles ventes, en faveur de qui, et pour quelle lésion, l'action en rescision est admise.

SOMMAIRE.

69. *Variations de la législation et de la jurisprudence, touchant l'action en rescision pour vilité de prix.*
70. *Esprit et durée de la loi du 14 fructidor an III. Erreur de M. Troplong.*
71. *Examen de la discussion au Conseil d'État.*
72. *La rescision pour lésion n'a lieu que dans les ventes d'immeubles.*
73. *Elle a lieu dans les ventes de droits immobiliers; notamment dans la vente d'une emphytéose.*
74. *Elle a lieu dans une vente qui comprend à-la-fois des meubles et des immeubles.*

75. *Elle n'a pas lieu dans les ventes aléatoires, notamment dans les ventes de droits successifs, de l'usufruit, ou de la nue propriété d'un immeuble, dans les ventes à rente viagère. Exceptions.*

76. *L'action en rescision est recevable, quoique le vendeur ait déclaré dans l'acte qu'il y renonçait, ou qu'il donnait la plus-value, ou qu'il ait fait d'autres semblables déclarations.*

77. *Mais la renonciation, postérieure à la vente, doit produire son effet.*

78. *Peu importe que le vendeur ait reçu, en la faisant, une somme qui l'ait déterminé.*

79. *Si toutefois l'intention de donner est constante, la rescision n'a pas lieu.*

80. *Elle n'a pas lieu, si le prix a été fixé par un tiers.*

81. *Les ventes, qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice, ne sont pas sujettes à la rescision. Application de cette règle.*

82. *La rescision n'a pas lieu en faveur de l'acquéreur.*

83. *Les héritiers du vendeur, ses cessionnaires et ses créanciers peuvent exercer l'action en rescision.*

84. *Jamais la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes ne peut avoir lieu dans les ventes de biens de mineurs ou d'interdits.*

85. *La lésion, pour donner lieu à la rescision, doit être de plus des sept douzièmes de juste prix.*

86. *Elémens qui composent le prix. On doit y comprendre les charges imposées à l'acheteur.*

87. *On ne doit pas y faire entrer les droits d'enregistrement et autres frais de la vente.*

88. *Pour décider s'il y a lésion, on doit estimer l'immeuble, suivant son état et sa valeur au moment de la vente. Conséquences de ce principe.*

89. *On doit comprendre dans l'estimation les fruits pendans au moment de la vente.*

90. *Elémens qui doivent être pris en considération, dans l'estimation de l'immeuble.*

69. En parlant du prix de la vente, j'ai dit que, comparé à la valeur de la chose vendue, il lui est ou égal ou inférieur; que, s'il est égal, c'est la perfection de la vente; que, s'il est inférieur, il a selon sa quotité une influence différente sur le contrat; qu'il est *vil*, si le vendeur éprouve une lésion de plus des sept douzièmes; qu'il *n'est pas sérieux*, s'il y a entre le prix et la valeur de la chose une telle disproportion, que la somme n'a pu être considérée comme l'équivalent de la chose; que dans le premier cas, la vente est sujette à rescision; que dans le second, la vente est absolument nulle. (1)

Lorsque le prix n'est pas sérieux, il n'y a pas véritablement de prix; la vente manque d'un élément essentiel. Il n'y a pas de dissentiment possible sur ce point: aussi jamais la législation et la doctrine n'ont-elles varié. Mais lorsque le prix est sérieux, quoique inférieur à la valeur de la chose, la nullité de la vente ne se présente plus comme une conséquence nécessaire; car le contrat ne manque d'aucun élément essentiel. Dès-lors, selon que l'on se place à des points de vue différens, selon qu'on se laisse dominer par cette pensée d'équité; que, dans les contrats commutatifs, il

---

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 158.

faut que chacun recoive l'équivalent de ce qu'il donne; ou qu'on consulte l'intérêt social et les principes d'économie politique, qui veulent la stabilité des transactions; on admet ou l'on repousse la rescision pour vilité de prix. Aussi les jurisconsultes ont-ils été divisés et la législation présente des variations remarquables.

La loi 2 au code de *Rescindendâ venditione* est ainsi conçue: *rem majoris pretii, si tu, vel pater tuus minoris distraxerit; humanum est ut, vel pretium te restituente emptoribus fundum venumdatum recipias, auctoritate judicis intercedente; vel si emptor elegerit, quod deest justo pretio recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit.*

La loi 8 *eod. tit.* ajoute: *Si voluntate tuâ fundum tuum filius tuus venumdedit: dolus ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet; vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solùm, quòd paulò minore pretio fundum venditum significas ad rescindendam venditionem invalidum est. Quòd si videlicet contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quòd emptor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat, detrahente; emptore autem huic, quod obtulerat, addente, ad certum consentiant pretium: profectò perspiceres neque bonam fidem quæ emptionis atque venditionis conventionem tuetur pati, neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim,*

vel post pretii quantitatis disceptationem; nisi minus dimidiâ justi pretii quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione jam emptori præstitâ servandâ.

Barbeyrac, dans ses notes sur Puffendorf(1), rappelle une dissertation de Christian Thomasius, intitulée *de equitate ceræbrinâ leg. 2 cod. de res. vend. et ejus usu practico* (2), dans laquelle ce docteur établit que l'action en rescision pour cause de lésion était inconnue avant Dioclétien (3); que depuis Dioclétien, les empereurs Constantin-le-Grand, Gratien, Valentinien et Théodose, Honorius et Arcadius abolirent la loi de cet empereur païen (4);

(1) Liv. 5, chap. 3, § 9 et 10.

(2) Cette dissertation fut publiée en 1706. Elle a été le thème de la discussion au Conseil d'État.

(3) La loi 2 *Cod. de rescind. vend.* est un rescript de cet empereur.

(4) Voici comment est analysée l'opinion de Thomasius dans la note de Barbeyrac. « La rescision d'une vente ou de quelque autre contrat, à cause de la vilité du prix, quoiqu'il n'y ait d'ailleurs ni tromperie, ni violence, fut une chose absolument inconnue avant Dioclétien. Bien loin de là, c'était la maxime courante des jurisconsultes que *naturellement* chacun peut faire son marché aussi avantageusement qu'il lui est possible, et mettre pour cet effet en usage tous les artifices d'une adresse innocente; jusque-là qu'ils se servent de termes très forts qui se prennent ordinairement en mauvaise part, *circumscribere*, *circumvenire* (v. l. 16, § 4 ff. *de minor.* l. 22 § 3, ff. *loc. cond.*). Depuis Dioclétien, les empereurs Constantin-le-Grand, Gratien, Valentinien et Théodose, Honorius et Arcadius abolirent formellement la loi de cet empereur païen. *Venditionis atque emptionis fidem*, nullâ circumscriptionis violentiâ factam, *rumpi minimè decet. Nec enim* solâ pretii vilioris querelâ, *contractus sine ullâ culpâ celebratus litigioso strepitu turbandus est.* Cod. Théodos. *de contr. empt.* leg. 1, *Voy.* aussi les lois 4 et 7. Dioclétien lui-même semble s'être rétracté dans la suite, comme il paraît par un autre rescript qui se trouve dans le même titre du Code (la loi 8 que j'ai transcrite dans le texte). Il est vrai qu'à la fin de cette loi, on voit une clause con-

que Dioclétien lui-même s'est retracté dans un autre rescript qui forme la loi 8 du même titre; que les expressions, qui dans ce dernier texte,

---

forme à la loi 2 dont il s'agit; mais quand on examine tout ce qui précède, on sent que c'est une cheville qui a été fourrée là par Tribonien. Car si les raisons qui viennent d'être alléguées dans cette huitième loi sont bonnes, comme elles le sont en effet, elles prouvent tout aussi bien qu'on ne doit pas casser un contrat, lorsque l'un des contractans a payé la moitié, ou reçu la moitié moins que la chose ne pouvait valoir d'ailleurs. Il y a aussi toutes les apparences du monde que la fin de la loi 2, où la vilité du prix qui autorise la rescision du contrat, est fixée à la moitié de la juste valeur des choses, que cette queue, dis-je, est encore une addition de Tribonien: car outre qu'on aurait pu mieux placer cela dans les paroles précédentes; les lois du code théodosien qui combattent celles-ci, désapprouvent simplement et en général la rescision d'un contrat à cause de la seule vilité du prix; il n'y paraît aucune trace de la distinction entre ce qui est au-delà ou en deçà de la moitié du juste prix. Tribonien ayant trouvé dans les codes grégorien et hermogénien, dont les compilateurs, qui ne songeaient point à réduire la jurisprudence en forme de système, avaient ramassé toutes les constitutions et ordonnances des empereurs avant Constantin, sans s'embarrasser si elles s'accordaient ou non les unes avec les autres; Tribonien, dis-je, ayant trouvé là les deux rescripts de Dioclétien, dont le dernier était directement contraire au premier, qui néanmoins lui paraissait plus équitable, crut pouvoir les concilier ensemble par la restriction qu'il ajouta à la fin de l'un et de l'autre. Après quoi, il supprima les lois 1 et 7 du *code théodosien*, qui ne pouvaient pas aisément être raccommodées d'une manière conforme à ses idées; et s'il retint la quatrième qui se trouve la quinzième dans le titre du *code justinien*, ce ne fut qu'en y faisant plusieurs changemens et entre autres celui-ci, qui sert visiblement à son but; c'est qu'au lieu de *repetitionis in reliquum*, pretii nomine vilioris, *copiam minimè consequatur*, comme porte la loi de Gratien, Valentinien et Théodose, il mit *paulò vilioris pretii nomine*. Une interpolation si manifeste rend fort plausible tout ce qu'on vient de dire au sujet des deux rescripts de Dioclétien, et j'ajoute, quoique M. Thomasius ne l'ait pas remarqué, qu'il y a tout lieu de croire que dans la loi 8, le mot *paulò* a été inséré dans la seconde période avant ceux de *minore pretio*.»

semblent le mettre en harmonie avec la loi 2, ont été interpolées par Tribonien; que d'ailleurs pour établir cette règle, la loi se détermine par un sentiment d'*humanité, humanum est*, tandis que c'était d'après les règles de la *justice* qu'il fallait prononcer (1); que dans la pratique il serait impossible d'appliquer la disposition, parce qu'il est fort difficile de déterminer le véritable prix des choses; qu'enfin, on ne peut supposer une lésion énorme, sans qu'il y ait ou quelque dol de la part de l'un des contractans ou erreur des deux côtés; et qu'alors il devient inutile de recourir à la disposition de la loi 2.

Cependant le droit canonique ayant ensuite approuvé, dit Barbeyrac (2), le fondement de la loi du code de Justinien, on l'a regardée comme émanant d'un principe d'équité incontestable.

Telle est l'opinion qu'en ont eue les auteurs les plus recommandables, Cujas (3), Dumoulin (4) Loisel (5), Despeisses (6), Domat (7), Pothier (8).

---

(1) Je remarquerai, dit Barbeyrac, *loc. cit.* qu'on peut justifier celui qui composa le rescript de Dioclétien du reproche que lui fait M. Thomasius d'avoir confondu les règles de l'*humanité* avec celles de la *justice;* car, dans le style des jurisconsultes romains, *humanum est* signifie : il est *juste, équitable, raisonnable. Voy.* par exemple. Cod. lib. 1. tit. 14 de *legib. et senatus* et leg. 8.

(2) Loc. cit.

(3) Ad leg. 2, *cod.* de *rescind. vend.*

(4) Sur la coutume de Paris, § 33, glos. 1.

(5) Inst. liv. 3, tit. 4, n°s 11 et 12.

(6) Tit. I, sect. IV, § 5 et 6.

(7) Liv. 1, tit. 2, sect. 9.

(8) Des Obligations, part. 1, art. § 4, et de *la Vente*, n° 331 et suiv.

70. Mais en l'an III, et sur la proposition de M. Lanjuinais, l'action en rescision pour lésion d'outre-moitié fut abolie à l'égard des ventes ou actes équipollens à vente qui seraient faits à l'avenir (1), et en outre les actions et instances en rescision relatives aux ventes antérieures furent provisoirement suspendues (2). On a considéré comme motifs déterminans de ces dispositions les rapides variations de valeur du papier-monnaie, qui influant sur la valeur des immeubles, rendaient très difficile la fixation de leur véritable prix. Ainsi on a attribué à une cause unique l'abolition pour l'avenir et la suspension pour le passé, et l'on a dit que l'action en rescision fut rétablie par la loi du 3 germinal an V. (3)

Il y a erreur, ce me semble, dans l'appréciation des motifs de la loi de l'an III et évidemment on s'est trompé sur l'étendue de la loi de l'an V. Sans doute, la crise financière détermina la Convention nationale à suspendre provisoirement l'exercice de l'action en rescision à l'égard des ventes consenties durant la dépréciation du papier-monnaie; cette mesure suffisait, s'il n'eût été question que de pourvoir au besoin du moment; mais en prononçant l'abolition pour l'avenir, précisément à l'époque où l'on pouvait entrevoir un terme au désordre, la Convention n'obéissait plus à une nécessité transitoire, elle posait la règle qui devait

---

(1) Loi du 14 fructidor an III, art. 1.

(2) *Ibid.* art. 2.

(3) M. Troplong, n°. 785.

être observée lorsque le crédit public et privé seraient rétablis dans leur état normal. Ce qui le prouve, c'est qu'en l'an v, en l'an vi et en l'an vii (1), le pouvoir législatif, s'occupant de la même matière, s'est borné à lever la suspension provisoire des actions en rescision dirigées, contre les ventes antérieures à l'an iii, à établir des règles d'exécution; et il a respecté l'abolition prononcée pour les ventes qui seraient faites à l'avenir (2). Ainsi, au moment où le Code civil fut préparé, l'action en rescision pour lésion d'outre-moitié n'était point admise en France. (3)

71. Le projet présenté au Conseil d'État la rétablissait, en exigeant que la lésion s'élevât à plus des sept douzièmes. M. Berlier proposa quatre articles qui portaient en substance; que la vente ne pourrait être rescindée, au profit du vendeur, que lorsque le prix serait fixé au tiers au dessous de la valeur de l'immeuble; et au profit de l'acheteur, que quand le prix serait égal à trois fois la valeur ou au-dessus; que dans tous les cas, la preuve de la lésion devrait résulter d'actes ayant date certaine; qu'elle ne pourrait être établie par la voie de l'expertise; sans préjudice toutefois des moyens fondés sur le dol, la fraude ou la violence.

---

(1) Lois du 3 germinal an v; du 19 floréal an vi; des 2 et 24 prairial an vii.

(2) La loi du 3 germinal an v porte: « la *suspension* provisoire de « toute action et de toute instance en rescision des contrats de ventes; « ou équipollens à vente pour cause de lésion d'outre-moitié, *ordon-« née par l'article 2 de la loi du 14 fructidor* an iii, est levée. » — Quant à l'*abolition* prononcée par l'art. 1er; il n'en est rien dit.

(3) Répertoire de jurisprudence; v° *Lésion*, § 1.

« Mais, ajoutait M. Berlier, le système réduit à ce point sera d'une application extrêmement rare, et il reste à examiner s'il ne vaut pas mieux dénier toute action contre le contrat à ceux qui n'articulent ni dol personnel, ni fraude, ni violence. »

En se livrant à cet examen, M. Berlier reproduisit d'abord la dissertation de Thomasius (1). Mais dans la séance du 21 nivose an XII, s'élevant au dessus des argumentations puisées dans l'œuvre du jurisconsulte allemand, il signala les inconvéniens de l'action en rescision, en homme d'état, en législateur qui comprend bien sa mission.

« L'action en rescision est contraire, dit-il, à l'intérêt public, puisqu'elle tient la propriété en suspens pendant le délai donné pour la rescision.

« Elle est contraire au crédit privé et à la foi publique, puisque les créanciers seront exposés à voir le gage échapper des mains de leurs débiteurs.

« Elle est injuste et inégale, en ce qu'on veut qu'elle n'existe que pour le vendeur qui vend à trop bon marché, et non pour l'acquéreur qui achète trop cher.

« Elle n'est qu'une funeste amorce pour les vendeurs considérés *en général*; car sur vingt individus qui espèrent réussir et se pourvoient, il en est dix-neuf qui succombent; et il reste fort douteux que le succès du vingtième soit fondé sur la justice.

« Elle est une source de tracasseries envers la masse des acquéreurs, que l'on menace d'un pro-

---

(1) *Voy.* suprà, page 101, note.

cès afin d'en arracher quelques sommes dont ils voudront bien faire le sacrifice à leur tranquillité.

« Enfin et surtout elle a pour inconvénient notable de faire dépendre le sort du contrat d'une périlleuse expertise.

« Avec de tels caractères, comment la rescision pour vilité de prix a-t-elle pu s'introduire parmi nous et s'y naturaliser, tandis que les peuples septentrionaux de l'Europe et une grande partie de l'Allemagne ne l'ont point admise? (1)

« Je crois avoir suffisamment indiqué le *pourquoi* dans l'une des précédentes séances : on a fait de tout ceci un cas de conscience; mais le législateur doit voir de plus haut, et ne pouvant redresser tous les petits griefs *individuels*, il doit surtout s'opposer à ce qui pourrait troubler la masse. »

M. Portalis soutint le système opposé, il réfuta les argumens empruntés à Thomasius et développa en habile jurisconsulte cette idée, que la lésion énorme détruit l'égalité qui doit subsister dans les contrats commutatifs et de bonne foi, surtout dans la vente.

Le Conseil d'État adopta cette opinion, et pourtant les hautes considérations développées par M. Berlier, ce principe d'économie sociale qu'il faut, même en froissant quelques intérêts privés, rendre les transmissions de la propriété rapides, faciles et sûres, auraient dû, à mon avis, l'emporter

---

(1) Je dois faire remarquer qu'elle est admise par le code prussien; mais l'acheteur peut la repousser en prouvant qu'il n'y a eu ni dol ni fraude de sa part. *Voy.* 1re partie, tit. XI, art. 58, 59 et 60.

sur les raisons présentées par M. Portalis. Le jurisconsulte aurait dû céder au législateur.

D'ailleurs, d'après les règles du droit, est-il donc vrai que la lésion soit une cause de rescision des contrats commutatifs? On ne saurait le prétendre; le contraire est écrit dans l'art. 1313 du Code civil. Aussi les partisans de l'action en rescision ont-ils, dans la discussion au Conseil d'État, presque confondu la lésion avec le défaut absolu de prix; le prix vil avec le prix non sérieux. « On sait, disait M. Portalis, qu'il n'y a de cause dans la vente que lorsque le prix est en proportion avec la valeur de la chose vendue. Si donc il existe une lésion énorme, si le prix et la valeur de l'objet vendu sont *hors de toute proportion entre eux,* il n'y a certainement plus de cause. » (1) Le Premier Consul s'exprimait d'une manière encore plus formelle : « Il n'y a pas de contrat de vente, lorsqu'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne; quand la séduction des passions ou le besoin ont déterminé un propriétaire à céder sa chose pour *rien.* » (2)

Enfin s'il était vrai que l'égalité dût absolument être maintenue entre la valeur de la chose et le prix de la vente, que ce fût une condition essentielle de la validité du contrat, on aurait dû appliquer le principe à l'acheteur comme au vendeur, aux ventes de meubles comme aux ventes d'immeubles, aux ventes faites d'autorité de justice, comme aux ventes de gré à gré; cependant la loi accorde l'ac-

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 77.
(2) *Ibid.* page 90.

tion en rescision au vendeur seul, elle la réserve pour les ventes d'immeubles et pour les ventes volontaires.

Il faut donc reconnaître qu'en rétablissant l'action en rescision pour cause de lésion, abolie par la loi du 14 fructidor an III, on a reproduit une doctrine adoptée par le droit canonique et en faveur chez les anciens jurisconsultes, mais qui n'est pas fondée sur les principes rigoureux du droit, et qui repose sur une sorte de confusion entre le prix vil et le prix non sérieux; qui protège les intérêts individuels, mais qui blesse l'intérêt social; qui élève une présomption de dol ou d'erreur, là où souvent il n'y a eu ni erreur ni dol; qui faite pour favoriser la propriété immobilière, lui nuit, la déprécie; car la valeur vénale des choses est toujours moindre, lorsque les moyens de transmission n'offrent pas certitude et sécurité parfaites à celui qui acquiert.

Au surplus c'est ici un des cas si fréquens où les dispositions du Code civil présentent une espèce de terme moyen entre l'ancien droit et la législation de la révolution (1). L'action en rescision reparaît après avoir été abolie; mais, comme on le verra bientôt; il faut une lésion plus considérable que dans l'ancien droit pour lui donner naissance; et la durée de l'action est restreinte dans des limites plus étroites, que sous l'empire de l'ancienne jurisprudence.

---

(1) *Voy.* ce que j'ai dit à ce sujet, dans la préface du tome XVI (Ier de ma Continuation), pages x et suiv.

72. C'est dans les ventes d'immeubles seulement que la rescision pour cause de lésion peut être demandée. Le législateur n'étend pas sa protection aux ventes de meubles. Pourquoi cette distinction? Le caractère de contrat commutatif, de contrat de bonne foi qui, pour les ventes d'immeubles, fait admettre l'action en rescision, n'est-il donc plus aussi efficace et aussi puissant dans les ventes de meubles? Non, disait le Premier Consul au Conseil d'État (1), « la loi de la rescision est une *loi* de mœurs qui a pour objet le territoire. Peu importe comment un individu dispose de quelques diamans, de quelques tableaux; mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société. C'est à elle qu'il appartient de donner des règles et des bornes au droit de disposer, et c'est d'après ce principe que la loi assure une légitime aux enfans sur les biens des pères, aux pères sur les biens des enfans, etc. »

Dans ces paroles un peu obscures on retrouve l'idée de la supériorité de la propriété immobilière sur la propriété mobilière, l'un des élémens du régime féodal. Cette opinion du premier magistrat de la république s'explique par les actes du gouvernement impérial qui, quelques années plus tard, érigèrent des grands fiefs et instituèrent des majorats.

Une autre raison a été donnée par M. Portalis: « On demande, disait-il, pourquoi le principe de

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 89.

la rescision, s'il est équitable, n'est pas appliqué aux ventes mobilières? c'est parce que la nature des choses s'y oppose. La valeur des biens mobiliers est tellement variable, qu'il est très difficile de la fixer, et alors on n'a plus de règles pour discerner la lésion. La valeur des immeubles change aussi sans doute; mais la variation est bien moins rapide, on sait ce que vaut un immeuble dans un temps, dans des circonstances, dans un lieu donnés. » (1)

Ce serait une oiseuse discussion que celle qui aurait pour but de combattre les motifs de la loi lorsque la loi a parlé. Je me borne donc à faire remarquer qu'il y a des moyens légaux et certains de déterminer la valeur de la plupart des denrées, et que les bases qui servent à l'appréciation des immeubles ne sont pas souvent plus certaines que celles dont on peut faire usage pour estimer des objets mobiliers. M. Portalis lui-même le reconnaissait, en disant dans l'exposé des motifs au Corps Législatif : « qu'on voit journellement le prix des *marchandises* et des *immeubles* annoncé dans les feuilles périodiques de nos cités principales. » (2)

L'ancien droit n'était pas aussi absolu que le Code; il admettait l'action en rescision dans les ventes de choses mobilières d'un grand prix, comme les diamans, les bijoux (3), les coupes de

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 80.

(2) *Ibid.* page 191.

(3) Ranchin, part. 3, conclus. 39 et part. 4, conclus. 173. Chopin de *morib. parisiens,* lib. 1. tit. 1. n° 2. Cujas, *ad cap. fratern.* 2 *ext.*

bois(1) et en général dans les ventes en bloc d'objets mobiliers (2). « Nous avons cru, disait M. Portalis au Corps Législatif, devoir écarter cette exception, qui pouvait apporter des gênes trop multipliées dans la circulation des effets mobiliers et entraîner des discussions trop arbitraires pour savoir si un objet est plus ou moins précieux. Nous avons *absolument* borné l'action rescisoire à la vente des choses immobilières. » (3)

73. Ces expressions peuvent servir à la solution d'une autre difficulté : on a demandé si l'action en rescision s'applique exclusivement aux ventes d'immeubles proprement dits ; et si les ventes de droits immobiliers sont aussi susceptibles de rescision pour vilité de prix ? En disant *choses immobilières*, l'orateur du gouvernement a donné l'explication du mot *immeubles*, placé dans l'article 1674 ; explication au surplus toute naturelle ; car lorsque rien ne limite l'étendue de cette expres-

---

de donat. Dumoulin, sur la coutume de Paris, § 33, glos. 1, n° 47 ; Despeisses, part. I, sect. IV, § 6, n° 16 ; Pothier, n° 340.

(1) Le Prêtre, cent, 1. chap. 12 ; Dumoulin, loc. cit. ; Pothier, loc. cit.

(2) Rebuff. *de rescind. contract.* glos. 15, n° 36. Automne ad leg. 1 et 2. cod. *de rescind. vend.* Le Prêtre, cent. 1, chap. 12.

(3) M. Locré, tome XIV, page 176. La Cour de cassation a décidé qu'une vente *d'office* n'est pas sujette à rescision pour lésion, attendu que l'art. 1658 n'est relatif qu'à la vente des immeubles. Arrêt du 17 mai 1832 (Sirey, 32. 1. 849. Dalloz, 32. 1. 326). Le demandeur en cassation s'attachait à l'article 1658 qui semble dire en général et sans distinction entre les différentes ventes que la vilité du prix est une cause de rescision ; mais l'article 1674 modifie et restreint aux ventes d'immeubles la disposition de l'art. 1658. *Voy.* Loyseau, liv. 3, chap. 2.

sion, il faut l'appliquer aussi bien aux immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent qu'aux immeubles par nature ou par destination (1). Le caractère de l'emphytéose n'est pas déterminé par le Code civil et l'on a pu douter avec raison qu'elle fût un droit immobilier aujourd'hui, comme elle l'était autrefois; mais la jurisprudence paraît fixée en ce sens que, comme l'usufruit, elle est immeuble et susceptible d'hypothèque (2); il faut donc considérer la vente de l'emphytéose comme soumise à l'action en rescision. (3)

74. Si une vente comprend des meubles et des immeubles, même alors qu'elle est faite pour un seul prix; le principe spécial à chaque nature de biens conserve son influence et sa force. Pour en faire l'application, il faut distinguer ce qui a été

---

(1) Cod. civ. art. 517 et 526; M. Troplong, n° 793. *Contrà*, M. Duranton, n° 444, sauf ce qui sera dit ci-après n° 75; à raison du caractère aléatoire d'une vente résultant de la nature de l'objet vendu.

(2) Arrêts de la Cour de Paris du 10 mai 1831; Sirey, 31. 2. 153; Dalloz, 31. 2. 121; de la Cour de cassation du 19 juillet 1832; Sirey, 32. 1. 531; Dalloz, 32. 1. 296; de la Cour de Douai du 15 décembre 1832; Sirey, 33. 2. 65; Dalloz, 33. 2. 195. *Voy.* contre cette opinion, M. Grenier, tome Ier, n° 143. M. Proudhon, Traité de l'usufruit, tome Ier, n° 97, distingue entre l'emphytéose à perpétuité et l'emphytéose pour un temps déterminé et je serais porté à croire, qu'il faut suivre cette distinction. M. Toullier, tome III, n° 101, ne se prononce pas expressément.

(3) M. Troplong, n° 793; M. Duranton, tome XVI, n° 443. Un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles en date du 28 thermidor an IX, a décidé que le caractère du bail emphytéotique, à raison des éventualités qu'il présente, répugne à toute idée de lésion. *Voy.* ci-après n. 75.

confondu dans le contrat, séparer par la ventilation le prix des meubles du prix de l'immeuble et calculer si sur celui-ci le vendeur a souffert une lésion de plus des sept douzièmes. (1)

75. En faisant dériver l'action en rescision du principe d'égalité qui doit présider aux contrats commutatifs, de cette pensée que chacune des parties doit recevoir l'équivalent de ce qu'elle donne, on arrive à cette conséquence que l'inégalité cesse d'être une cause de rescision, lorsque le contrat est *aléatoire*. Alors l'équivalent consiste dans une chance de perte ou de gain à laquelle les parties ont voulu se soumettre; comment réclameraient-elles l'égalité, lorsque l'inégalité est entrée dans leurs prévisions; comment se plaindre de recevoir comme équivalent *moins* qu'on n'a donné, lorsqu'on a couru la chance d'avoir *plus*, et qu'on s'est volontairement soumis à ce que le hasard amenât ainsi perte ou bénéfice! (2)

La chance de perte ou de gain, l'*aléa*, dans la vente, résulte tantôt de l'incertitude sur la valeur de la chose vendue; tantôt de l'incertitude sur le prix; et quelquefois même de l'incertitude sur l'un et sur l'autre.

Ainsi, lorsqu'on vend des droits successifs, un usufruit, une nue propriété d'immeuble, moyennant un prix ferme, la valeur de l'objet vendu

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 439.

(2) Faber de inofficioso testament. defin. ult. Mornac, L. 4, Cod. de hereditate, vel actione vendita. Despeisses cite de nombreuses autorités, tit. I, sect. IV, § 6, n° 15.

reste indécise; elle dépend du nombre et de la quotité des dettes qui grèvent l'hérédité (1); de la durée plus ou moins longue de la vie de celui, sur la tête duquel repose l'usufruit.

Lorsque, au contraire, un immeuble est vendu, moyennant une rente viagère, ou pour une somme qui devra s'élever ou s'abaisser au gré de certains évènemens futurs et incertains indiqués dans le contrat; alors le prix est variable; sa quotité est subordonnée à l'époque de la mort du vendeur, ou à l'évènement que le contrat désigne.

Dans toutes ces hypothèses, le vendeur contre qui tourne la chance n'a pas le droit de se plaindre; car il en eût profité si elle eût été favorable; et avant que le sort de chacun soit connu, la comparaison entre le prix et la valeur de la chose est impossible, puisque l'un des deux est incertain, quelquefois l'un et l'autre.

Cependant si quelque circonstance ou quelque stipulation enlève aux ventes de cette espèce leur caractère aléatoire; si même en le laissant subsister en partie, elle suffit pour démontrer que jamais, même dans le cas le plus favorable, le prix n'atteindra les sept douzièmes de la valeur, alors la règle générale reprend son empire; l'action en rescision est ouverte.

Par exemple, dans la vente d'une hérédité, si,

---

(1) Despeisses, loc. cit. rappelle un arrêt du 7 mai 1586, rapporté par Automne, qui débouta de ses lettres de rescision, un hôtelier qui avait vendu pour trois cents écus la succession du bailli du palais valant [illegible] de rentes.

par exception, le vendeur s'est obligé à la garantie en cas d'éviction des immeubles et en même temps a pris les dettes à sa charge, l'acheteur n'ayant point de chances à courir a dû payer au moins les cinq douzièmes du juste prix; s'il a donné un prix moindre, il y a lieu à rescision. Mais il faut la réunion de ces deux circonstances; garantie de l'éviction, et obligation par le vendeur de payer les dettes. Si l'une manque, l'*aléa* reparaît aussitôt et repousse l'action en rescision. En effet, de même que des dettes inconnues peuvent surgir et réduire à rien ou à peu de chose l'émolument de la succession; de même des évictions, dont le vendeur d'une hérédité n'est point garant d'après le droit commun (Cod. civ. art. 1696), peuvent survenir et enlever à l'acheteur un ou plusieurs immeubles. Il suffit, on le sent, de l'une de ces chances pour imprimer au contrat le caractère aléatoire. (1)

C'est à tort que Despeisses (2) dit que la lésion fait casser le contrat; si l'on est convenu qu'au cas qu'on ne trouve rien de liquide dans l'hérédité, l'acheteur ne paiera pas le prix stipulé; parce qu'alors l'acheteur ne court aucun hasard. Il est évident, au contraire, que la vente présente des chances qui peuvent être très défavorables. Si, le prix était de 10,000 f. et que la succession fût réduite, non à rien, mais à 100 f.,

(1) Arrêts de la Cour d'Orléans du 24 mai 1831; Sirey, 31. 2, 200; Dalloz, 31. 2. 226; de la Cour de Limoges du 19 novembre 1819; Sirey, 20. 2. 81; de la Cour de Lyon du 2 avril 1819; Sirey, 20. 2. 269.

(2) Tit. I, sect. V, § 6, n° 15.

il y aurait perte considérable : donc celui qui s'y expose court quelque danger.

Selon M. Duranton (1), la certitude, résultant des circonstances, que jamais aucune éviction n'atteindra l'acquéreur, équivaut à la garantie résultant de ce que les immeubles de l'hérédité ont été spécifiés en détail dans la vente (art. 1696). Je le crois aussi ; mais difficilement les tribunaux se détermineront à proclamer l'impossibilité de toute éviction ; car l'expérience révèle chaque jour que des causes, long-temps cachées, peuvent tout-à-coup se manifester et ravir le droit en apparence le plus certain.

Dans les ventes d'usufruit, de nue propriété, ou dans les ventes faites à rente viagère, l'*alea* est manifeste, soit que l'usufruitier vende son droit, soit que le propriétaire aliène la nue propriété en conservant l'usufruit. La rescision pour lésion n'est donc pas possible.

Cette opinion, généralement admise (2), a trouvé

---

(1) Tome XVI, n° 440.

(2) Arrêt de la Cour de Montpellier, du 6 mai 1831; Sirey, 31. 2. 278; Dalloz, 31. 2. 214, qui décide que l'action en rescision n'est point recevable contre la vente d'une nue propriété. Arrêts de la Cour d'Angers du 21 février 1828 (Sirey, 30. 2. 131); de la Cour de Toulouse, du 22 novembre 1831; Sirey, 32. 2. 108; Dalloz, 32. 2. 34; de la Cour de cassation du 30 mai 1831; Sirey, 31. 1. 217, qui décident que la vente, moyennant une rente viagère, n'est pas sujette à rescision pour lésion.

« L'usufruit ne devant durer que jusqu'au décès de l'usufruitier, « c'est-à-dire, jusqu'à une époque absolument incertaine, la vente « qui en est faite est, par la nature de son objet, un contrat aléatoire, « pour la rescision duquel le moyen de la lésion n'est pas admissi- « ble, attendu l'impossibilité d'estimer la juste valeur de la chose. » M. Proudhon, Traité des droits d'usufruit, n° 899.

des contradicteurs parmi les commentateurs du Code civil.

M. Delvincourt pense que l'action en rescision doit être admise, par la raison qu'un droit d'usufruit, un droit de nue propriété, une rente viagère sont susceptibles d'évaluation. (1)

C'est nier ouvertement le principe que les ventes aléatoires ne sont pas sujettes à rescision; car, en présence des articles 1964 et 1968, on ne peut méconnaître que la vente, dont le prix est une rente viagère, est un contrat aléatoire.

M. Duranton (2) et M. Troplong sont moins absolus; ils argumentent de quelques cas extraordinaires, pour démontrer que quelquefois il y aura lésion de plus des sept douzièmes si clairement démontrée que force sera de prononcer la rescision.

M. Troplong semble d'ailleurs plus disposé à admettre l'action contre les ventes d'usufruit et de nue propriété, que contre les ventes à rente viagère. (3)

D'abord je ne comprends pas qu'on fasse de distinction entre les unes et les autres. Dans toutes, la chance résulte également de l'incertitude de la vie humaine, et si elle suffit pour repousser l'action en rescision dans un cas, elle doit suffire dans l'autre. Et puis, je viens de le dire, si une vente à rente viagère est sujette à rescision, toutes

(1) Tome III, notes page 163.
(2) Tome XVI, n° 441, 442, 443, 444.
(3) *Voy.* nos 790, 791, 792 et 793.

les ventes aléatoires le sont. Que devient dès-lors le principe contraire, que nul cependant ne conteste ?

Mais, dit-on (1), celui qui vend la nue propriété d'un immeuble, vend un immeuble ; or l'art. 1674 du Code civil ne distingue pas entre la vente de la nue propriété seulement et la vente de la pleine propriété.

Sans doute, la lésion vicie toutes les ventes d'immeubles ; mais à côté de ce principe s'élève la règle que le caractère aléatoire du contrat fait cesser l'effet ordinaire de la lésion. En les combinant, on trouve que la vente de l'usufruit ou de la nue propriété d'un immeuble n'est pas sujette à rescision, quoique vente d'immeuble, parce qu'elle est aléatoire.

La possibilité d'évaluer la rente viagère, le droit d'usufruit, ou la nue propriété a paru fournir un argument décisif en faveur du système que je combats. L'on n'a pas songé que le juge appelé à résoudre une vente librement consentie, sous prétexte de vilité du prix, ne doit prononcer qu'avec la certitude de la valeur de la chose et de la quotité du prix. S'il est réduit à des probabilités, il ne peut porter atteinte à la stabilité des conventions ; et qu'est-ce, je le demande, que tous les calculs, au moyen desquels on évalue les rentes et les usufruits, sinon des probabilités, souvent démenties par l'évènement ? rien de plus difficile que l'estimation d'un droit d'usufruit, dit M. Proudhon,

(1) M. Duranton, loc. cit. M. Delvincourt, loc. cit.

parce qu'il n'y a rien dont la vraie valeur soit plus incertaine (1). L'usufruit d'un immeuble produisant 1,200 f. de revenu est vendu par un titulaire âgé de trente ans, moyennant 2,000 f. une fois payés. Si l'on calcule l'usufruit à la moitié de la valeur de l'immeuble, selon l'art. 17 de la loi du 22 frimaire en VII, la vente présentera une lésion des 10/12; et cependant, si l'usufruitier meurt au commencement de la deuxième année, ce sera l'acheteur qui perdra 1,000 f. dans l'opération.

Après avoir rétabli les principes, je m'empresse de reconnaître les exceptions, je les ai même déjà indiquées (2). Ainsi l'action en rescision sera admissible, s'il résulte des circonstances que le contrat, en apparence aléatoire, ne l'est point réellement; ou que, quelque défavorables que soient les chances pour l'acheteur, néanmoins il ne paiera jamais les cinq douzièmes du prix. Supposons qu'un immeuble soit vendu, moyennant une rente viagère inférieure aux revenus de l'immeuble; dans ce cas l'acquéreur ne court aucun risque: quelque longue que soit la vie du vendeur, l'acheteur aura tôt ou tard la chose, sans avoir déboursé un sou de son patrimoine; il y aura dans cette hypothèse non-seulement vilité de prix; mais absence totale de prix: la vente sera non pas sujette à rescision, mais bien plus, elle sera nulle, à défaut d'un de ses élémens essentiels (3). Si, sans que les choses

(1) Tome II, n° 770.

(2) Suprà, page 115.

(3) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 149.

soient poussées à ce point, on a vendu à l'âge de soixante-dix ans, moyennant 1,100 f. de rente viagère, un immeuble valant 30,000 f. et produisant 1,000 f. de revenus; quoi qu'il arrive, le vendeur vécût-il jusqu'à cent ans, il n'aura reçu de capital que 100 f. pendant trente années, ce qui même en calculant les intérêts ne donnerait qu'une somme de 5,200 fr. environ, inférieure aux cinq douzièmes du juste prix. Dans ce cas extraordinaire, et quoiqu'il reste quelque chose d'aléatoire, puisque l'acheteur paiera plus selon que le vendeur parviendra à une plus grande vieillesse, cependant la lésion de plus des sept douzièmes sera constante et autorisera à demander la rescision.

Ces exemples, qui se rencontrent bien rarement, sont compris dans la règle comme je l'ai posée; car, en disant que la rescision n'a pas lieu dans les ventes aléatoires, j'ai fait la part des circonstances où le contrat ne sera qu'en apparence aléatoire, ou même, en conservant quelque chose d'aléatoire, les chances seront tellement restreintes qu'il sera impossible qu'il n'y ait point lésion de plus des sept douzièmes.

76. Pour compléter le système de protection qu'il a voulu établir en faveur des vendeurs, le législateur devait prévoir et proscrire les fraudes, au moyen desquelles on chercherait à éluder l'effet de ses dispositions. En conséquence, il frappe de réprobation les clauses par lesquelles le vendeur renoncerait à l'action en rescision, ou déclarerait donner la plus-value. Sans cette précaution, ces clauses seraient devenues de style dans les actes et le vœu

de la loi eût été trompé. Le vendeur qui, ignorant la valeur véritable de son immeuble, ou qui, cédant à l'empire du besoin, aurait donné son immeuble à vil prix, aurait aussi, et par la même raison, consenti à l'insertion des stipulations exclusives de l'action en rescision.

La renonciation expresse à l'action en rescision, et la déclaration qu'on donne la plus-value ne sont pas les seules stipulations, à l'aide desquelles on pourra essayer de soustraire la vente à l'action en rescision. Elles ne sont citées dans l'article 1674 que comme les formes les plus efficaces, les plus énergiques que puisse employer le vendeur, pour se priver du bénéfice que lui accorde la loi; ainsi, l'inefficacité dont elles sont frappées s'étendrait à toutes celles que pourraient imaginer les parties; fût-il vrai même que le vendeur, en déclarant qu'il connaissait la plus-value et qu'il voulait la donner, la connût réellement. (1)

77. Si la renonciation est placée dans un acte séparé et postérieur à la vente, elle produira son effet. Il semblerait cependant que, puisque l'égalité blessée par la vilité du prix est un motif assez puissant pour enlever au consentement des parties, exprimé dans le contrat même, sa force ordinaire; elle devrait aussi l'emporter sur la renonciation postérieure. Mais une autre idée que celle de maintenir l'égalité dans les transactions a concouru à faire admettre l'action en rescision: c'est l'intention de protéger le vendeur amené par l'ur-

---

(1) Despeisses, tit. 1, sect. IV, § 6, n. 23.

gence de sa position, à céder sa chose à vil prix. Il est évident que lorsque la vente est consommée, le prix payé, les besoins du vendeur satisfaits, sa position change; il n'est plus sous le joug de la nécessité, et s'il dit alors qu'il n'éprouve point de lésion, si du moins il renonce à s'en plaindre; cette parole libre le lie.

78. M. Delvincourt (1) pense que si la renonciation postérieure à la vente était obtenue du vendeur, moyennant le paiement d'une somme qui, jointe au prix porté au contrat, n'égalerait pas encore les cinq douzièmes du prix, l'action en rescision serait recevable, parce qu'on pourrait présumer que c'est le besoin qu'avait le vendeur de cette modique somme qui l'a déterminé à consentir.

La renonciation gratuite étouffant l'action en rescision, il est impossible que la renonciation à titre onéreux ne produise pas le même effet. On a bien voulu accorder une faveur extraordinaire au vendeur, au moment de la vente, sans entendre continuer au-delà cette protection exorbitante, et sans étendre indéfiniment une dérogation, toujours fâcheuse, au principe qui fait des conventions la loi des parties.

79. Il ne faut point, toutefois, donner trop d'étendue à la disposition qui considère comme non avenue la déclaration du vendeur, qu'il veut donner la plus-value. L'article 1674 déroge au principe, que la fraude ne se présume point; il sup-

(1) Tome III, notes page 165.

pose que la volonté de donner n'a pas réellement existé; que la clause qui l'exprime est un artifice de l'acheteur, un mensonge imposé au vendeur contre lui-même; mais si l'on prouve que la volonté de donner a été sérieuse, que la stipulation n'exprime que la vérité, elle produira certainement son effet. (1)

80. Lorsque les parties n'ont point elles-mêmes déterminé le prix et l'ont laissé à l'arbitrage d'un tiers, l'action en rescision n'est point recevable. Je l'ai précédemment démontré. (2)

81. Les ventes qui, d'après la loi, ne peuvent être faites que d'autorité de justice, ne sont point sujettes à rescision pour lésion (art. 1684) (3). L'intervention de la justice écarte tout soupçon de surprise et de fraude; d'ailleurs, les formalités qu'on observe sont telles qu'il est impossible de craindre que la vente n'ait pas été assez publique, qu'il ne se soit pas présenté assez d'enchérisseurs, et qu'enfin la chose n'ait pas été vendue à-peu-près la somme qu'il était possible d'en retirer. Ce sont les considérations que M. Portalis et M. Faure ont indiquées comme justifiant la disposition de l'article 1684 (4). M. Troplong est donc bien loin du véritable esprit de la loi, lorsqu'il dit que : « C'est parce que la vilité n'est que

(1) *Voy.* tome XVI (Ire de ma Continuation), n° 149, in fine, Pothier, n° 354.

(2) Tome XVI (Ire de ma Continuation), n° 157.

(3) M. Duranton, tome XVI, n° 467.

(4) Ce sont à-peu-près les expressions de Pothier, n° 341, qu'ils ont reproduites.

trop ordinaire dans ces sortes de contrats, qu'on n'a pas voulu permettre d'inquiéter les acquéreurs » (1). Qui croira que les ventes faites d'autorité de justice présentent ordinairement une lésion de plus des sept douzièmes ; que le législateur sait fort bien que les formalités qu'il impose ont le plus souvent ce résultat funeste ; et que partant de cette triste conviction, il enlève aux malheureux qu'il fait la ressource offerte par le droit commun à tous les vendeurs ?

L'ancienne jurisprudence déclarait que l'action en rescision n'avait pas lieu dans les *ventes forcées* (2). Cette expression manquait d'exactitude ; on pouvait supposer qu'elle n'embrassait point les ventes *volontaires*, pour lesquelles l'accomplissement des formalités de justice est impérieusement exigé ; telles que les ventes de biens de mineurs. La rédaction du Code lève tous les doutes ; c'est aux ventes qui ne peuvent être faites que d'autorité de justice, seules, que s'applique la disposition. Tout se réduit donc à examiner, comme le disait M. Grenier (3) ; « si la vente a pour principe la volonté libre de ceux dont les biens sont vendus, ou si l'intervention de la justice était absolument nécessaire, d'après la loi, pour que la vente eût son effet ; si c'est, en un mot, la justice qui vend, pour suppléer au défaut de volonté ou

---

(1) Tome II, n° 856.

(2) Elle admettait certaines distinctions que signale Despeisses, tit. I, sect. IV, § 5, n° 8.

(3) M. Locré, tome XIV, page 254.

de capacité de la part de celui dont la propriété est vendue. »

Ainsi les ventes des biens des mineurs et d'interdits, les ventes de biens dotaux, lorsqu'elles sont autorisées, les ventes sur expropriation forcée sont à l'abri de la rescision; tandis que les ventes sur conversion, les licitations entre majeurs présens y restent assujéties; car dans celles-ci c'est la volonté des parties, ou de l'une d'elles, qui appelle l'intervention de la justice, dont il était possible de se passer. (1)

M. Duranton ajoute (2) que la rescision n'aurait pas lieu; quand bien même la vente eût été faite par le ministère d'un notaire devant lequel le tribunal aurait renvoyé les parties, ainsi que cela a lieu ordinairement dans les ventes et licitations de biens provenant d'une succession. (Art. 955 et 970 du Cod. de proc. civ.)

Sans doute, le renvoi devant notaire ne change point le caractère d'une vente nécessairement judiciaire. Il faut donc, en faisant abstraction de la circonstance du concours du notaire, examiner quelle est l'espèce de vente dans laquelle le renvoi est ordonné. S'il s'agit d'une vente à laquelle un mineur, un interdit ou un absent soit intéressé; le renvoi devant le notaire, qui peut être ordonné aux termes de l'article 955 du Code de procédure, n'autorisera point à demander la rescision. Que s'il s'agit d'une vente faite par des cohéritiers majeurs

(1) M. Troplong, n° 857; M. Duranton, tome XVI, n° 468.
(2) Loc. cit.

et présens; comme il dépendrait d'eux d'écarter les formes de justice; comme ces formes ne sont employées que parce qu'un ou plusieurs d'entre eux n'ont pas voulu d'une vente amiable, l'action en rescision sera admise. (1)

82. C'est en faveur du vendeur seul que la rescision pour lésion est autorisée (Code civ., article 1683). On a déjà pu comprendre les raisons qui ont fait accorder à l'une des parties la faveur que l'on refuse à l'autre. Le principe de l'égalité eût conduit à traiter l'acheteur comme le vendeur; et l'opinion des auteurs qui, autrefois, admettaient la rescision au profit de l'un et de l'autre, avait, il faut en convenir, le mérite d'être parfaitement logique (2). Mais on a réfléchi : pour l'un il y a souvent nécessité absolue de vendre, tandis que pour l'autre, quelque puissans que

---

(1) Arrêt de la Cour de Paris du 22 décembre 1832; Sirey, 33. 2. 486.

(2) Notamment Fachin, lib. 2, cap. 16; Dumoulin, *de usur*, quest. 14; Pothier, nº 373. Cujas, sur la loi 2, *cod. de rescind. vend.* dit : *quæritur, an etiam emptori subveniatur si dimidio pluris emerit? et ratio facit, licet non sit lege comprehensum, nec quisquam contradicit, ut emptori etiam subveniatur, eâdem electione datâ venditori, ut vel pretium reddat quod accepit, et rem accipiat, vel ut quod soluto pretio superest restituat. L. 1. cod. de rescind. vend. § si quid in fraudem.* Mais dans ses observations, cap. 18, lib. 16, il exprime l'opinion contraire. *Æquum erat*, dit-il, *subvenire venditori, qui minoris vendidit; quem plerumque necessitas rei familiaris compellit vendere pretio minore; non etiam emptori ultrò accedenti ad emptionem prædii, sæpe fraudandi causâ, et plerumque ementi pretio immenso et immodico, affectione opportunitatis, vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, vel parentes sepulti, vel quod majorum ejus fuerit; quâ cupiditate incensus, ultrò projiciet sæpe ingentia et immensa pretia, quod calorem vocat l. locatio ff. de Publicanis, alii insaniam, alii stultitiam.*

soient les motifs qui l'engagent à acheter, il n'est jamais sous l'empire d'un besoin de la même nature : *Invidia penès emptorem, inopia penès venditorem* (1). En conséquence, la loi a pris sous sa protection le vendeur lésé par la vilité du prix; elle dénie l'action en rescision à l'acheteur, quelque exagéré que soit le prix de la vente, à moins qu'il n'ait été la victime du dol ou de la fraude.

83. Les héritiers du vendeur, ses cessionnaires et ses créanciers peuvent, comme lui, demander la rescision pour lésion; c'est évidemment un droit qui n'est point attaché à sa personne. (2)

84. On a pris la peine de faire remarquer que les ventes de biens de mineurs, consenties sans autorisation et sans accomplissement des formalités prescrites, sont sujettes à rescision pour simple lésion; cela est incontestable aux termes des art. 1305 et 1314; et l'on a ajouté que, si le mineur avait été autorisé, la vente de son immeuble serait assimilée à celle d'un majeur et gouvernée par les dispositions de l'art. 1674. L'on n'a pas songé que les ventes de biens immeubles appartenant aux mineurs ne peuvent être faites qu'en justice, et que l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes, n'a pas lieu dans ces sortes de ventes. (3)

---

(1) Cujas, observ. cap. 18, lib. 16. *Salvianus, de providentiâ Dei, Invidiam penès emptorem inopiam penès venditorem esse, quod emptor emat ut substantiam suam augeat, venditor ut minuat.*

(2) Pothier, n° 338.

(3) M. Delvincourt le remarque très bien, tome III, page 165. *Voy.* suprà n° 81. Observations du Tribunat, M. Locré, tome XIV, n° 130.

85. La lésion pour donner lieu à la rescision de la vente, doit être de plus des sept douzièmes du prix; il suffisait autrefois qu'elle fût d'outre moitié (2). En élevant le chiffre auquel doit atteindre la lésion pour faire rescinder le contrat, le Code civil a atténué les inconvéniens de l'action en rescision, et il faut reconnaître qu'une fois déterminé à l'admettre, le législateur ne pouvait exiger que la lésion fût plus considérable. M. Berlier, qui proposait de maintenir la vente tant que le vendeur ne serait pas lésé des *deux tiers*, avouait, lui-même, que le système réduit à ce point serait d'une application extrêmement rare.

Le prix payé par l'acheteur et la véritable valeur de l'immeuble sont les deux termes de la comparaison qu'il faut établir, les élémens du calcul qu'il faut faire, pour résoudre la question de savoir s'il y a lésion susceptible d'entraîner la rescision de la vente.

86. J'ai déjà eu occasion d'expliquer ce qui compose le prix en principal et accessoires (2). On sait d'ailleurs qu'il doit consister en monnaie (3), et qu'un autre contrat serait substitué à la vente, si le vendeur recevait comme équivalent autre chose qu'une somme d'argent. Cependant si, outre l'obligation de payer la somme qui forme le prix, l'acquéreur a pris quelque autre engagement acces-

---

(1) *L.* 2, *cod. de resc. vend.*

(2) *Voy.* suprà, n° 45.

(3) *Voy.* tome XVI (Ire de ma continuation), n° 147.

soire, par cela le contrat n'est point dénaturé, *si vendidi tibi insulam certâ pecuniâ, et ut aliam insulam meam reficeres, agam ex vendito ut reficias. Si autem hoc solùm ut reficeres eam convenisset, non intelligitur emptio et venditio facta* (1). Dans ce cas, en maintenant le contrat comme vente, il faudra apprécier l'engagement accessoire contracté par l'acheteur, et lui en tenir compte lorsqu'on comparera le prix à la valeur de la chose (2). En un mot, tout ce que le vendeur reçoit personnellement de l'acheteur, tout ce qui est payé à sa décharge, tout ce dont il est libéré envers les tiers, fait partie du prix.

87. C'est une opinion généralement admise, que les droits d'enregistrement et les frais d'acte, qui ont été déboursés par l'acheteur, sont en dehors du prix; en sorte que si un immeuble vaut réellement 24,000 francs, et que l'acheteur ait payé entre les mains du vendeur 9,500 francs, et en frais d'enregistrement, de transcription, de notaire et autres, 1,000 francs, en tout 10,500 francs; il y aura cependant lésion de plus des sept douzièmes, parce qu'on ne tiendra compte que des 9,500 francs payés au vendeur. On se fonde sur ce que le vendeur ne profite point des sommes payées au fisc (3); sur ce qu'il a souffert une lésion de plus des sept douzièmes de ce que l'immeuble

(1) L. 6. § 1. ff. *de act. empt.*
(2) Despeisses, tit. I. sect. IV. § 6, n° 6.
(3) M. Troplong, n° 795.

valait par rapport à lui; et que c'est vis-à-vis de lui et par rapport à lui que la lésion s'estime (1). Il y a quelque chose d'un peu subtil dans cette manière de raisonner, et il me paraît plus simple à-la-fois et plus légal de dire, que les frais sont, de droit commun, à la charge de l'acheteur; que ceux à qui est donnée la mission de fixer le juste prix, la véritable valeur d'une chose vendue, sont présumés n'avoir point perdu de vue qu'outre la somme à payer au vendeur, l'acheteur doit acquitter les frais; qu'en conséquence le prix déterminé indique la somme dont le vendeur doit personnellement profiter.

A l'aide des observations qui précèdent, l'un des élémens du calcul à faire pour décider s'il y a lésion (le prix payé), me semble pouvoir être bien apprécié.

88. Examinons maintenant l'autre terme de la comparaison (le juste prix).

Pour savoir s'il y a lésion de plus des sept douzièmes, il faut estimer l'immeuble, dit l'art. 1675, suivant son état et sa valeur au moment de la vente.

Cette disposition, puisée dans l'ancien droit, n'a besoin ni de commentaire ni de justification. A l'acheteur seul, du jour de la vente, doivent profiter tous les changemens dans l'état matériel de l'immeuble, toutes les variations survenues dans sa valeur; de même que c'est sur lui que tombent

(1) Dumoulin, *de usus.* 14, n° 173; Despeisses, tit. I. sect. IV, § 6, n° 7; Pothier, n° 436.

forme la propriété parmi les hommes réunis dans la même patrie, dans la même cité, n'est pas tout à-la-fois dans le commerce. Les métaux ou les monnaies, qui sont les signes de la valeur des choses, ne circulent pas toujours en même quantité; la concurrence des vendeurs et des acheteurs n'est pas constamment la même. Tout cela dépend de la situation et des besoins variables de ceux qui se présentent pour vendre et pour acheter. Il est vrai néanmoins que la situation et les besoins de tous les vendeurs et de tous les acheteurs, ou du plus grand nombre, diffèrent peu, si on considère les hommes et les choses dans le même temps, dans le même lieu et dans les mêmes circonstances : or, c'est de cette espèce de conformité de situation et de besoins que se forme par l'opinion publique une sorte de prix commun ou courant qui donne aux objets mobiliers ou immobiliers une valeur à-peu-près certaine tant que les mêmes circonstances subsistent. De là, on voit journellement le prix des marchandises et des immeubles annoncé dans les feuilles périodiques de nos cités principales. » (1)

91. Au nombre des circonstances qui peuvent influer sur la valeur d'un immeuble, il faut placer notamment les charges réelles qui le grèvent, les servitudes auxquelles il est assujéti, le danger d'éviction totale ou partielle mis à la charge de l'acheteur (2), la clause de réméré, etc.

---

(1) M. Locré, tome XIV, pages 166 et 167.

(2) C'est la même idée que j'ai déjà exprimée sous le n° 86, et qui est

92. Sur ce dernier point, toutefois, il y a dissentiment entre les auteurs. Pothier pense que l'on ne doit rien diminuer sur la valeur de la chose, à raison de la charge de réméré, « puisque, dit-il, le vendeur, quand même elle n'aurait pas été ajoutée, n'en aurait pas moins le droit de rentrer dans son héritage, non pas, à la vérité, par l'action de réméré, mais, ce qui doit revenir au même, par une autre action, qui est l'action rescisoire (1). » N'est-ce pas là une pétition de principe échappée au sens si droit de Pothier? Il suppose qu'indépendamment de l'action en réméré, le vendeur pourra reprendre son héritage, au moyen de l'action en rescision. Mais c'est précisément ce qui est en question; et il est évident que celui qui achète, avec la chance d'être dépouillé par l'exercice du réméré, ne doit pas être disposé à donner le même prix que s'il s'agissait d'une vente ferme. En d'autres termes, un héritage a une valeur vénale moindre, vendu à réméré, que vendu purement et simplement; et c'est sur cette valeur moindre que les calculs doivent se faire, pour décider s'il y a lésion de plus des sept douzièmes. (2)

---

ici présentée sous un aspect différent. On conçoit très bien, en effet, qu'une charge imposée à l'acheteur peut être évaluée, pour ajouter le produit de l'évaluation au prix, ou pour le retrancher sur la valeur de la chose; l'on arrive par les deux moyens au même résultat.

(1) N° 347.

(2) Telle est l'opinion de Faber, lib. 4, tit. 30, défin. 27. Tiraqueau, de *retract. convent. Præf.*, n° 20, examine si la stipulation de réméré influe sur la valeur de la chose, et il dit, *res ità vendita minoris æstimanda est quàm si simpliciter et sine eo pacto fuisset vendita.*

§ II.

De la nature et de l'exercice de l'action en rescision.

SOMMAIRE.

93. *L'action en rescision est personnelle contre l'acheteur, et réelle contre les tiers détenteurs. Elle n'est pas mixte.*
94. *Conséquences relativement à la compétence.*
95. *Il convient d'assigner en même temps l'acheteur et le tiers détenteur. Inconvéniens de demandes séparées.*
96. *Divisibilité de l'action en rescision.*
97. *L'action en rescision n'est plus recevable après l'expiration de deux années, à compter de la vente.*
98. *Le délai court contre toutes personnes, femmes, mineurs, etc. Il court pendant le délai du réméré.*
99. *Il court du jour de la vente. Ce jour ne doit pas être compté.*
100. *Il court du jour d'une promesse de vente, quoiqu'elle ait été réalisée plus tard par acte authentique.*
101. *L'acheteur est non recevable à opposer que le vendeur n'était pas propriétaire au moment de la vente.*
102. *La perte de la chose, sans la faute de l'acheteur, rend le vendeur non recevable;*
103. *Même dans le cas où l'acheteur aurait revendu à un prix plus élevé que celui qu'il a payé.*
104. *L'action en rescision est recevable, quoique l'un des créanciers inscrits ait fait une surenchère du dixième.*
105. *La preuve de la lésion ne doit être admise, que lorsque des faits graves et vraisemblables font présumer la lésion.*

106. *Les juges peuvent prononcer la rescision, sans ordonner l'expertise, si la lésion leur est démontrée.*
107. *Mais l'expertise est la seule preuve, qui puisse être ordonnée.*
108. *Elle a lieu par trois experts.*
109. *Les experts sont nommés d'office, à moins que les parties ne s'entendent sur le choix de tous les trois.*
110. *Formes du rapport.*
111. *Les dispositions du Code de procédure sont applicables à cette expertise.*
112. *Les parties peuvent consentir à ce qu'il soit procédé par un seul expert.*
113. *L'avis des experts ne lie pas les juges.*

93. L'action en rescision pour cause de lésion, comme l'action en résolution pour défaut de paiement du prix et l'action en réméré, peut s'exercer non-seulement contre l'acquéreur, mais aussi contre les tiers détenteurs. Cela résulte nécessairement du second alinéa de l'article 1681. (1)

Le caractère de l'action n'est point le même, lorsqu'elle est intentée contre l'acheteur, et lorsqu'elle est dirigée contre les tiers. A l'égard de l'acheteur, elle est *personnelle*; à l'égard du tiers détenteur, elle est *réelle*. Elle n'est *mixte*, ni contre l'un ni contre l'autre. Tous les principes et tous les raisonnemens que j'ai exposés, en examinant la nature de l'action en résolution pour défaut de paiement de prix, reçoivent ici leur application (2). Je persiste à croire qu'une action ne peut être a-

(1) *Voy.* infrà, § III, de cette section, nos 129 et suiv.
(2) *Voy.* tom. XVI (Ier de ma Continuation), no 467.

la-fois réelle et personnelle; que ces deux caractères sont exclusifs l'un de l'autre. « Les caractères de l'action *in rem*, dit M. Ducaurroy (1), sont incompatibles avec ceux de l'action *in personam*. Tantôt, en effet, le demandeur soutient que son adversaire est tenu envers lui d'une obligation quelconque; tantôt, au contraire, sa prétention est indépendante de toute obligation, et de là une division générale des actions en deux classes, *in duo genera*, dont les caractères opposés ne sauraient se rencontrer dans une seule et même action. D'un autre côté, si l'on considère *l'intention* et sa rédaction *in rem* ou *in personam*, selon qu'elle nomme ou ne nomme pas le défendeur, on avouera que ce doit toujours être l'un ou l'autre, jamais l'un et l'autre, alors aucune action ne sera tout à-la-fois réelle et personnelle. »

Cette opinion n'avait point été publiée à l'époque où a paru la dissertation que j'ai insérée dans mon premier volume sur les actions mixtes; je la cite donc avec toute la confiance que méritent le savoir et la sagacité de M. Ducaurroy, et avec la certitude que son autorité n'a pu exercer à mon insu aucune influence sur mon esprit.

Les jurisconsultes qui qualifient d'actions mixtes, l'action en délivrance formée par l'acheteur, les actions en résolution pour défaut de paiement du prix, en réméré, en rescision, intentées par le vendeur, se préoccupent de ce que, dans ces

(1) Institutes expliquées, liv. 4, tit. 6, § 20, n° 1209.

différentes positions, l'acheteur ou le vendeur a la propriété de la chose, un véritable *jus in re* et non pas seulement un *jus ad rem*. Ils posent sans doute comme principe, que toute action formée par celui qui est propriétaire de la chose, objet du litige, est nécessairement *réelle;* d'où ils concluent que, si l'action est dirigée contre un défendeur personnellement obligé, ce qui la rend personnelle, elle est à-la-fois personnelle et réelle, et par conséquent mixte. C'est une erreur de croire que celui, entre les mains duquel réside la propriété d'une chose, exerce nécessairement en la réclamant une action réelle. S'il s'adresse à celui qui est tenu par une obligation personnelle à lui donner la chose, il n'a pas besoin de s'armer de son droit de propriété et de dire que la chose est sienne, *rem suam esse;* il a un moyen plus sûr et plus naturel d'arriver à son but; il demande que le défendeur soit condamné à lui livrer ou à lui rendre la chose qu'il lui doit; *dare oportere*. Il ne dépend pas même de la volonté du demandeur de renoncer à une voie et d'user seulement de l'autre. Il ne peut pas faire que celui qu'il assigne ne soit pas personnellement obligé, à moins qu'il n'abdique son titre; mais alors il perdrait tous ses droits, et l'action réelle ne survivrait point à l'extinction de l'action personnelle. Entre les contractans, l'action réelle est sans utilité, elle n'a été introduite que pour étendre jusqu'aux tiers l'exercice d'un droit, qui, sans elle, se trouverait paralysé. Ainsi, le propriétaire qui réclame sa chose contre celui qui est personnellement obligé à la lui rendre,

exerce une action personnelle et ne peut pas en exercer d'autre.

La Cour de cassation a plusieurs fois employé la qualification d'*action mixte* et elle l'a appliquée notamment à l'action en rescision pour cause de lésion; mais il est permis de dire que la fausse interprétation long-temps donnée à cette locution a exercé sa fâcheuse influence sur la Cour régulatrice, au point de lui faire oublier la définition qu'elle avait elle-même placée, dans le projet du Code de procédure et dans ses observations sur ce Code. Elle y disait que l'action mixte est *celle qui embrasse, outre la revendication d'un immeuble, des prestations* (1); et elle ne considérait comme telles que les quatre actions, en partage de succession, en division d'une chose commune, en bornage et en pétition d'hérédité (2). Il est à remarquer que le dernier arrêt de la Cour de cassation déclare que l'action en rescision d'un contrat de vente, pour cause de lésion, est une action *utilis in rem* et de sa nature *mixte*, qui a pu être portée devant le domicile du défendeur, tandis que l'arrêt de la Cour de Riom contre lequel le pourvoi était dirigé consacre, quoique avec timidité, la doctrine opposée. « On

(1) Tome XVI (1er de ma Continuation), n° 467, page 577.

(2) M. Berriat Saint-Prix, dans ses notes additionnelles 10, e, rappèle les observations de la Cour de cassation, et ajoute : « Nous pensons que le Code admet les actions mixtes, mais seulement les quatres espèces ci-devant indiquées. Nous croyons donc très susceptible de difficulté une décision qui a compris dans cette classe, une demande en rescision de vente d'immeubles pour lésion ; arrêt de la Cour de Paris du 13 mars 1817; Journal des avoués, tome 16, page 356; Dalloz, v° *action*, page 228; Sirey, 18. 2. 99.

ne peut, y est-il dit, considérer comme une action réelle formée par un vendeur, une demande en rescision d'une vente pour cause de lésion; cette action ne tend qu'à la résolution d'un contrat; de sa nature, elle est une *action ordinaire personnelle*, dès lors elle a pu être exercée devant le juge du domicile de celui, contre lequel l'action en rescision est dirigée....... Cette action pourrait tout au plus être considérée comme une action mixte, et dans ce cas même elle a pu être exercée devant le juge du domicile du défendeur.» (1)

Ces derniers mots ne sont placés dans l'arrêt que comme préservatifs de la cassation, ils ne laissent point de doute sur la pensée de la Cour. Elle professe cette doctrine, qui me semble de plus en plus la seule vraie : que, l'action en rescision est personnelle contre l'acquéreur, réelle contre le tiers détenteur. (2)

94. Ce caractère ainsi déterminé, la compétence se trouve réglée. L'action dirigée contre l'acquéreur devra être portée devant le tribunal de son domicile; intentée contre le tiers détenteur, elle sera de la compétence du tribunal de la situation de l'immeuble. Si enfin le vendeur réunit dans la même instance l'acheteur et le tiers possesseur; il aura l'option, à raison de la connexité des demandes, entre le tribunal du domicile de l'acheteur et celui de la situation des biens.

(1) Le dernier arrêt qui déclare l'action *mixte* est du 13 février 1832; Sirey, 32. 1. 681; Dalloz, 32. 1. 100. *Voy.* aussi arrêt du 5 novembre 1806; Sirey, 6. 1. 512; Dalloz, v° *Action*, page 227.

(2) *Voy.* Ferrière, Dictionnaire de pratique, v° *Lésion*.

95. C'est au surplus ce dernier parti qu'il est prudent de suivre.

Un jugement rendu contre l'acheteur seul ne serait point opposable aux tiers détenteurs; ils auraient le droit sinon de l'écarter comme leur étant étranger, du moins de l'attaquer par la voie de la tierce opposition. (1)

D'un autre côté, en intentant directement l'action contre le tiers détenteur, sans mettre l'acquéreur en cause ou sans avoir préalablement fait prononcer la rescision contradictoirement avec lui, le vendeur pourra être repoussé par le tiers qui dira avec raison, que tant que la première vente subsiste, la seconde doit être maintenue; que ce n'est pas avec lui, étranger au premier contrat, que la nullité peut en être prononcée.

M. Poncet (2) croit que par cela seul que l'action en rescision est formée, la propriété est censée replacée dans les mains du vendeur; « l'on peut facilement feindre, dit-il, que celui-là est déjà propriétaire qui est sur le point d'être déclaré tel. « D'où il conclut que le tiers possesseur peut être directement assigné par le vendeur. » « Nous osons, dit M. Carré (3), combattre cette opinion, par une des raisons données par M. Poncet lui-même, afin d'attribuer à l'action dont il s'agit le caractère de la personnalité. Il se fonde pour cela sur ce que le consentement, quoique surpris, forcé ou erroné, n'est pas moins un consentement réel

(1) *Voy.* Tome XVI (Ier de ma Continuation), note de la page 568.

(2) Traité des actions, page 173.

(3) De la compétence, tome Ier, n° 9.

et efficace, jusqu'à ce que la nullité ait été prononcée. Il cite l'autorité de Duparc Poulain et de Loisel qui dit dans le cas même de la rescision pour violence: *quand le vendeur reconnaît la vente, mais dit que ce fut par force, garnir lui convient, et puis plaider de la force, s'il lui plaît.* Cela posé, poursuit M. Carré (1), il nous semble qu'il n'est pas permis de feindre, comme le fait M. Poncet, que celui qui est sur le point d'être déclaré propriétaire le soit déjà, et puisse, en conséquence, agir contre le tiers détenteur, en vertu d'un droit réel (*jus in re*) qu'il a perdu par le contrat contre lequel il se restitue et qu'il ne peut recouvrer que par le jugement à intervenir sur l'action rescisoire. Ce n'est qu'après que ce jugement aurait acquis l'autorité de la chose jugée que, rentré dans sa première qualité de propriétaire, il peut agir contre le tiers détenteur, par l'action réelle en revendication.»

A cette argumentation, dont il reproduit la substance, M. Troplong ajoute (2) de graves considérations. Il fait remarquer que le tiers ignore les circonstances du contrat; que peut-être on n'a exprimé qu'une partie du prix pour diminuer la perception des droits d'enregistrement; que peut-être une contre-lettre établit que le juste prix a été payé au vendeur; que peut-être une transaction a couvert le vice résultant de la lésion; qu'en vain l'on prétendrait que la comparaison du prix

(1) Loc. cit.
(2) N° 804.

100. Il court du jour d'une promesse de vente synallagmatique, faite sous seing-privé, bien que plus tard il ait été dressé acte authentique de la vente (1); mais le délai ne devrait être compté que du jour où l'acte authentique aurait été passé, si les parties avaient eu l'intention de subordonner l'existence même de la vente à la confection de l'acte authentique (2). En général, pour résoudre toutes les difficultés qui, dans des hypothèses pareilles, peuvent s'élever sur le point de départ de la prescription, il faut examiner à quel moment le contrat s'est formé (3); de ce moment le délai a commencé à courir.

101. L'acheteur assigné en rescision, dans le délai légal, pourrait-il prétendre que le vendeur est non recevable, par la raison qu'au moment de la vente il n'était pas propriétaire de la chose?

La possession du vendeur, à l'époque où il a vendu, élève en sa faveur une présomption de propriété, dont l'acheteur profite lui-même et qui subsiste jusqu'à l'éviction opérée sur la revendication du véritable propriétaire. Ainsi, tant que l'éviction n'a pas eu lieu, le droit du vendeur est réputé certain. Que produirait d'ailleurs la démonstration, faite par l'acquéreur, de l'absence de droit dans la personne du vendeur? En même temps qu'elle servirait à repousser l'action en rescision, elle anéantirait le titre en vertu duquel il détient

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 2 mai 1827; Sirey, 27. 1. 413.
(2) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 166.
(3) *Ibid.*

et possède la chose. Le mal qu'il se ferait serait pire que celui contre lequel il voudrait se défendre; à moins que, par quelque combinaison occulte, il n'espérât se débarrasser d'abord de son vendeur, puis du véritable propriétaire. Pothier dit, avec raison, que l'acheteur ne serait recevable, qu'autant qu'il se dirait lui-même propriétaire par une autre cause que la vente dont la rescision serait demandée et qu'il justifierait de son droit. (1)

102. Si la chose vendue a péri en entier, sans la faute de l'acheteur, l'action en rescision n'est point recevable. Cette action a pour but, non le paiement d'un supplément de prix, mais la restitution de l'immeuble vendu ; le supplément du prix n'est qu'*in facultate solutionis*, il n'est pas *in obligatione* (2); par conséquent la perte de la chose enlève à l'action en rescision son but; elle la rend sans effet possible. D'ailleurs, quelque énorme que fût la lésion, le vendeur par l'évènement n'a pas lieu de s'en plaindre. Il doit, au contraire, s'estimer heureux d'avoir vendu, même fort au dessous du juste prix; car si la vente n'avait pas été faite, il aurait perdu la chose et il n'aurait pas eu le prix qu'il a reçu. (3)

103. Devrait-on décider de la même manière, si, avant la perte, l'acheteur avait revendu l'héritage pour un prix supérieur à celui qu'il avait payé?

---

(1) N° 343, mais Despeisses, tit. I, sect. IV, § 6, n° 8 et Faber cod. lib. 3, tit. 30, def. 17, sont d'un avis opposé.

(2) *Voy.* infrà, n° 114 et 115.

(3) Pothier, n° 349. Fachin, lib. II, cap. 18; M. Troplong, n° 825.

La plupart des auteurs (1) ont pensé que, dans ce cas, le vendeur a intérêt à faire statuer sur la validité du contrat; qu'il est par conséquent recevable à intenter l'action rescisoire, c'est-à-dire, à faire déclarer le contrat nul, afin que, la chose étant censée lui avoir toujours appartenu et n'avoir jamais appartenu à l'acheteur, celui-ci soit considéré comme ayant vendu la chose d'autrui, et ne puisse profiter et s'enrichir du prix pour lequel il l'a vendue. Ils disent enfin que l'acheteur qui a le prix est censé avoir la chose (2). Cependant, ici encore il est vrai de dire que cette vente dont la rescision est demandée a été heureuse pour le vendeur; car si elle n'avait pas eu lieu, la chose serait perdue et aucun prix, vil ou juste, n'eût été reçu. D'un autre côté, par l'action en rescision, le vendeur demande la restitution de la chose; or la revente qui a eu lieu ne fait pas que la restitution de la chose soit possible; l'action reste donc vaine et sans résultat. A l'argument pris de ce que le contrat une fois déclaré nul, c'est la chose d'autrui que l'acheteur a vendue, et que le prix ne peut lui profiter, je réponds que la question est précisément de savoir si le contrat est annulable; qu'il n'est donc pas possible d'argumenter, en supposant qu'il est annulé. Et puis, la perte de la chose rend plus incertains les résultats de l'expertise.

(1) Fachin, lib. II, cap. 18; Pothier, n° 350. Contrà Ant. Gomès, *de Contract.* cap. 2, n° 22.

(2) *Cùm ipse emptor pretium habuerit quasi rem ipsam habere videatur*, Fachin, loc. cit.

Dans le doute, et au milieu des difficultés de l'exécution, le maintien des contrats me semble le parti le plus sûr, le plus en harmonie avec les vrais principes de législation et d'économie sociale. (1)

104. La Cour de Poitiers a jugé que l'action en rescision est recevable, quoique l'un des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu ait antérieurement fait une surenchère du dixième (2). Evidemment l'acheteur est non recevable à exciper de la surenchère pour écarter l'action en rescision; quant au créancier, lui-même, il ne peut s'en faire un moyen. Il est bien vrai qu'en suspendant l'effet de la surenchère, on cause à ce dernier un préjudice; car si l'action en rescision est rejetée, il aura été obligé d'attendre inutilement; si elle est admise et que l'acheteur préfère restituer l'immeuble, il faudra pour arriver au paiement commencer des poursuites en expropriation forcée. Ces inconvéniens ne paraissent pas avoir frappé la Cour de Poitiers; du moins elle s'efforce d'établir que, dans aucune hypothèse, le créancier n'a de justes motifs de plainte. Mais tout en reconnaissant ce qu'a de fâcheux la suspension des effets de la surenchère, il me paraît que l'action en rescision est recevable. Le droit de surenchérir accordé aux créanciers inscrits suppose l'existence et la validité de la vente; l'instance en rescision les met en question; il faut attendre qu'elle soit vidée pour donner suite à la surenchère.

(1) M. Troplong, n° 826, suit l'opinion de Pothier qui est contraire à la mienne.

(2) Arrêt du 14 août 1833; Dalloz, 33. 2. 236.

105. C'est une dérogation déjà assez grave au principe conservateur des conventions, que d'avoir autorisé la rescision d'un contrat, librement consenti entre majeurs, exempt de dol, de fraude et de violence, par le seul motif qu'une des parties éprouve quelque préjudice. Il eût été intolérable que, sur la seule allégation de lésion, la justice eût été obligée d'ordonner la vérification par des procédés toujours longs et dispendieux. Le législateur a senti que la présomption de validité est en faveur de l'acte, qu'il ne suffit pas de la parole de la partie qui se plaint pour le rendre suspect; en conséquence il a décidé que la preuve de la lésion ne peut être admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés sont assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion. (Art. 1677.)

Ordinairement, lorsqu'on demande à faire une preuve, les tribunaux n'examinent que la pertinence des faits articulés; c'est-à-dire qu'ils se bornent à juger, si, en supposant que les faits soient prouvés, ils auront sur le débat une influence décisive. Ici la mission des juges est plus étendue; ce n'est pas seulement sur la pertinence qu'ils sont appelés à prononcer, c'est aussi sur la vraisemblance. Si donc un vendeur demandait à prouver des faits qui, assez graves pour établir la lésion, seraient invraisemblables (1), il devrait être déclaré non recevable. Les magistrats investis d'un

(1) Selon M. Faure, la preuve n'est admissible que d'après les *présomptions les plus fortes*. *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 218.

pouvoir discrétionnaire, sont cependant tenus de l'exercer, en suivant la direction qui leur est tracée, et par conséquent d'examiner l'articulation sous le double rapport de la vraisemblance et de la gravité. Convaincus de l'absence de ces deux élémens, ou même de l'un d'eux, ils doivent rejeter la demande; et, au contraire, s'ils les trouvent réunis, ils doivent l'admettre.

106. Il est possible que les documens présentés aux juges soient tels, que non-seulement ils rendent la lésion présumable, mais même qu'ils en fournissent la démonstration complète : dans ce cas, pourrait-on, sans exiger de preuves ultérieures, sans ordonner l'expertise dont parle la loi, statuer par un seul jugement et prononcer sur-le-champ la rescision?

J'avoue qu'il me semble bien inutile de recourir à une procédure coûteuse, pour se procurer une preuve qui est toute faite; et il me paraît fort naturel de permettre aux juges qui ont une conviction acquise, de prononcer sans retard et sans frais. Mais on oppose que le texte des art. 1677 et 1678 fait une nécessité de l'expertise, dans tous les cas, et que les circonstances, qui ont accompagné la rédaction, démontrent que l'esprit est d'accord avec la lettre.

Quant au texte, il dit que la preuve ne pourra être admise que par un jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seront assez vraisemblables et assez graves pour faire présumer la lésion. Il ajoute que cette preuve ne pourra se faire que par un rapport d'experts. La première

de ces dispositions se réfère expressément au cas où des faits résulte seulement une présomption de lésion; la seconde, qui la complète, puisqu'elle indique le mode à suivre pour faire la preuve, s'applique nécessairement à la même hypothèse. Si donc, l'espèce est telle, que le demandeur n'invoque pas seulement de graves présomptions, mais qu'il produise une preuve claire et suffisante, on se trouve hors des termes des art. 1677 et 1678. La loi a statué sur les cas les plus ordinaires, sur ceux dans lesquels la lésion n'est que vraisemblable; elle dit qu'alors la preuve ne peut être admise que par un jugement, et que cette preuve ne peut se faire que par experts. Elle ne parle point de ces cas plus rares, où la lésion est prouvée *ab initio.*

Le projet discuté au Conseil d'État contenait, il est vrai, un article qui portait expressément: « Pourront néanmoins les juges rescinder un acte de vente, sans qu'il soit besoin d'experts, lorsqu'une lésion suffisante sera déjà établie par preuve littérale. » Cet article a été retranché; d'où l'on conclut que la faculté qu'il accordait aux juges ne leur est point concédée; et l'on donne à cette observation une force plus grande, en rappelant que la section de législation du Tribunat, sur la communication qui lui fut faite du projet, manifesta l'opinion que l'expertise devait, dans tous les cas, être ordonnée; « par la raison, qu'en supposant que les juges pussent décider eux-mêmes, d'après des preuves littérales, s'il y a lésion ou non, il faudrait encore connaître la juste valeur de l'objet vendu, même au-dessus du taux

de la lésion, afin que dans le cas où l'acquéreur voudrait user du droit de retenir l'objet vendu, en payant le supplément du juste prix, on sache à quelle somme s'élève ce supplément. » (1)

Cette réflexion a quelque chose de fort spécieux; elle a dû être considérée comme ayant déterminé la suppression de l'article inséré dans le projet.

Cependant il ne résulte point des procès-verbaux qu'en effet le Conseil d'État, cédant à l'opinion du Tribunat, ait entendu retirer aux juges le pouvoir de décider par eux-mêmes, et les obliger de recourir toujours à une expertise, alors même qu'ils sont suffisamment éclairés par des preuves littérales, ou par la connaissance personnelle qu'ils ont de la valeur des biens. Cela paraît d'autant moins vraisemblable, que, dans la première discussion, l'expertise avait été considérée comme une voie purement facultative. « Le ministère des experts, avait dit M. Portalis, n'est pas toujours employé; la lésion peut être vérifiée, même par des preuves littérales, par les ventes antécédentes, par les partages, par les baux. Il suffit quelquefois de comparer le prix avec celui des propriétés voisines » (2). Le consul Cambacérès s'expliquant sur l'ordre des articles, avait ajouté : « On pourrait déclarer d'abord que les juges devront examiner par eux-mêmes les circonstances de la cause; et si la lésion leur paraît évidente, prononcer la rescision, sans employer le ministère d'experts. Il

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 129.

(2) M. Locré, tome XIV, page 81.

y a en effet des cas où l'inspection des titres suffit pour vérifier la lésion, comme dans le cas où un bien est vendu six mois après avoir été estimé à l'occasion d'un partage; on ajouterait que si la lésion ne peut pas être vérifiée directement par les juges, ils ordonneront que l'immeuble sera estimé par des experts » (1). Cette observation, qui avait pour but principal d'établir un arrangement logique entre les dispositions, manifestait clairement que, dans leur esprit, l'expertise n'était pas une nécessité. Or, nul alors ne contredit. Il est donc raisonnable de penser que l'article a été supprimé, non que le législateur ait voulu refuser la faculté de juger sans expertise, mais parce qu'il a reconnu qu'un texte spécial était inutile pour établir ce qui est de droit commun.

D'ailleurs l'expertise ne sera pas toujours nécessaire, comme l'a cru le Tribunat, afin de fixer le supplément dû par l'acheteur. D'abord, lorsque l'acheteur abandonnera l'immeuble, on n'aura pas à calculer le juste prix; il suffirait donc d'ordonner l'expertise, lorsque l'intention de payer le supplément serait exprimée (2). En second lieu, il est une foule de cas dans lesquels les juges seront assez éclairés par les titres et les preuves littérales, non-seulement pour voir qu'il y a lésion, mais encore pour calculer, aussi bien que des experts, la valeur précise de la chose.

Les articles 1677 et 1678, sainement entendus,

(1) *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 107.
(2) M. Troplong, n° 831, page 401.

ne subordonnent donc point la conviction des juges aux opérations des experts.

107. Ils veulent seulement que, lorsque cette conviction n'est pas formée, on procède à une expertise; ils décident que cette voie est la seule qu'on puisse employer, pour prouver la lésion, lorsqu'il est nécessaire d'en employer une; excluant ainsi la preuve testimoniale, moins rassurante pour la justice et pour les parties. (1)

108. L'expertise devra avoir lieu par trois experts.

109. Ces experts seront nommés d'office, à moins que les parties ne se soient accordées pour les nommer tous les trois conjointement (art. 1678 et 1680). Si les parties ne pouvaient s'entendre sur le choix que d'un ou de deux experts, cette désignation incomplète serait considérée comme non avenue et il y aurait lieu à nomination d'office pour les trois. (2)

---

(1) *Voy.* la discussion au Conseil d'État, M. Locré, tome XIV, page 81. M. Delvincourt, tome III, notes page 166, dit : que quelque fondée que la lésion paraisse au juge, il ne peut l'admettre qu'après un rapport d'experts. *Contrà*, M. Troplong, nº 831. J'ai puisé dans sa lumineuse discussion la conviction que j'ai exprimée. Il cite un passage de Faber, lib. 4. tit. 30. def. 33, duquel il résulte que dans l'ancienne jurisprudence, l'expertise n'était pas ordonnée lorsque le demandeur justifiait de la lésion: *Si altera pars intentionem suam sufficienter probaverit, nihil causa est cur recurratur ad æstimationem, ne scilicet supervacuâ probatione, et supervacuo sumptu oneretur is qui suam intentionem planè jàm probavit.*

On a regardé comme ayant jugé la question dans ce sens, un arrêt de la Cour de Limoges du 14 février 1827. Cette solution ne me paraît pas bien franche et bien nette, Sirey, 31. 1. 33. Dalloz, 31. 1. 24.

(2) M. Duranton, tome XVI, nº 450 en note.

110. Les experts sont tenus de dresser un seul procès-verbal commun, à la pluralité des voix, et s'ils sont d'avis différens, ils doivent en énoncer les motifs dans leur procès-verbal, sans qu'il soit permis de faire connaître de quel avis chaque expert a été. (Art. 1678 et 1679.)

111. Le titre XIV, livre II du Code de procédure a reproduit et généralisé ces sages dispositions. Au surplus toutes les autres règles qu'il établit sont applicables à l'expertise qui a pour but de vérifier la lésion. Pour se soustraire à leur empire, il faudrait qu'il y eût opposition entre elles et les articles du Code civil.

112. Ainsi, aux termes de l'article 303 du Code de procédure, les parties pourront consentir à ce qu'il soit procédé à l'expertise par un seul expert. Il est vrai que le Code civil en exige trois, mais c'est une garantie qui ne touche point à l'ordre public, et à laquelle les plaideurs sont libres de renoncer (1).

113. Conformément à l'article 322, si les juges ne trouvent point dans les rapports des éclaircissemens suffisans, ils pourront ordonner d'office une nouvelle expertise.

Enfin, et d'après l'article 323, les juges ne seront pas astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose. (2)

Cette dernière proposition serait fausse, ou du

---

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 450.

(2) Ainsi jugé par arrêt de la Cour de Nîmes, le 12 pluviôse an XIII, Sirey, 5. 2. 46; Dalloz, v° Vente, page 91 &c.

moins sujette à discussion, si l'on admettait le système que l'expertise est toujours nécessaire, et que jamais le juge ne peut déclarer qu'il y a lésion sans un rapport d'expert. En effet, l'axiome de droit, *dictum expertorum nunquàm transit in rem judicatam*, consacré par l'article 323, reçoit exception, dit M. Carré, toutes les fois que la loi a indiqué l'expertise comme moyen spécial de vérifier un fait. Il cite deux arrêts de la Cour de cassation, qui ont décidé qu'en matière de droits d'enregistrement, l'avis des experts lie les juges (1), et il ajoute en note : « il en serait de même dans notre opinion et par induction, des arrêts précités, relativement à une expertise ordonnée dans l'espèce de l'article 1678 du Cod. civ., puisque cette expertise est la seule voie que le juge puisse employer, afin d'obtenir la preuve de la lésion résultant d'un acte de vente. » (2)

Je serais de l'avis de M. Carré, si, comme lui, je croyais l'expertise indispensable; mais après avoir démontré qu'elle n'est que facultative, je ne dois pas admettre l'exception qu'il propose à la règle générale de l'article 323. Il serait absurde que les juges qui pouvaient prononcer sans expertise, fussent obligés de sacrifier leur conviction, parce qu'elle serait contraire à l'opinion des experts. « Le juge, disait M. Portalis, n'est point lié par le rapport des experts. Si les circonstances le démentent

---

(1) Arrêts du 7 mars 1808, et du 17 avril 1816; Sirey, 8. 2. 213. et 20. 1. 491.

(2) Lois de la Procédure, tome II, page 43.

le juge l'écartera pour suivre son opinion personnelle, comme il fait dans presque toutes les autres affaires. (1)

§ III.

Des effets de l'action en rescision, relativement à l'acheteur et relativement aux tiers.

SOMMAIRE.

114. *L'action en rescision a pour objet direct et nécessaire l'annulation de la vente ; sauf la faculté pour l'acheteur de payer le supplément du prix.*
115. *En conséquence l'action est immobilière.*
116. *Effets de la rescision, lorsque l'acheteur préfère payer le supplément; il n'est tenu que sous la déduction du dixième du prix total.*
117. *Ce supplément produit intérêts, du jour de la demande; véritable motif de cette disposition.*
118. *Effets de la rescision, lorsque l'acheteur préfère abandonner la chose. Renvoi.*
119. *L'acquéreur conserve les fruits perçus jusqu'au jour de la demande.*
120. *Exceptions.*
121. *L'acheteur est responsable des dégradations, résultant de sa faute ou de sa négligence.*
122. *Le vendeur doit la restitution du prix et les intérêts du jour de la demande.*
123. *Les intérêts courent du jour de la vente, si l'acheteur n'a reçu aucuns fruits.*

---

(1) M. Locré, tome XIV, page 72.

114. M. Toullier a caractérisé la rescision en disant : « Qu'elle suppose qu'il n'a existé que l'apparence d'un contrat; qu'il n'a jamais eu d'existence réelle, parce que les vices qui l'ont accompagné, se sont opposés à sa perfection. » (1)

La demande en rescision pour lésion tend donc nécessairement à faire reconnaître le vice résultant de la vilité du prix; à faire proclamer la nullité du contrat qui en est la conséquence. Le vendeur n'a pas et ne peut pas avoir d'autre droit. Si, au lieu de conclure à la nullité, il demandait la réparation du dommage, c'est-à-dire le complément du juste prix; ce serait l'exécution du contrat

---

(1) Tome VII, n° 551.

qu'il réclamerait : la qualification d'action en rescision serait en contradiction manifeste avec l'objet même de la demande.

Les juges, saisis par le vendeur qui se plaint de la vilité du prix, doivent donc rejeter la demande ou rescinder la vente; il ne leur est pas permis de condamner l'acheteur à payer le supplément du prix.

Mais ce que le vendeur ne peut demander, ce que le juge ne peut ordonner, l'acheteur est autorisé à le faire. Il a le *choix* ou de laisser la rescision produire son effet, en abandonnant la chose; ou d'empêcher la rescision, en payant un supplément de prix. (Art. 1681.)

Fachin fait remarquer avec raison que le texte même de la loi 2 *Cod. de rescind. vend.* (source à laquelle nous avons puisé l'action en rescision), exprime clairement que le paiement du supplément de prix est purement facultatif pour l'acheteur. « *Illa verba* : Si emptor elegerit, *expressè indicant illud in electione emptoris esse, et sic in facultate solvendi* » (1). « *Sola rescisio et restitutio*, dit Dumoulin, *sit in obligatione; suppletio autem pretii in facultate* » (2). Selon Ferrière, le bénéfice de la rescision consiste à faire casser le contrat de vente, et à remettre les parties en tel état qu'elles étaient avant le contrat, si mieux n'aime l'acquéreur payer au vendeur le supplément du juste

(1) Lib. II, cap. 18.
(2) Sur la coutume de Paris. § 33. glos. 1. n° 44.

prix » (1). Pothier n'est pas moins formel. « L'obligation de l'acheteur, dit-il, n'est que d'une seule chose, savoir de la restitution de l'héritage; il n'est en aucune manière débiteur du supplément du juste prix, ne s'étant jamais obligé qu'au prix porté par son contrat, et rien de plus. Le choix que la loi lui donne de payer le supplément du juste prix n'est qu'une faculté qu'elle lui donne de se rédimer de l'obligation de rendre l'héritage par le paiement de ce supplément. » (2)

Rien, dans les termes employés par le Code civil, n'annonce l'intention de modifier une doctrine si bien établie. Le mot *rescision* seul, je le répète, suffit pour indiquer le caractère, le but, les effets de l'action du vendeur lésé; on ne saurait raisonnablement l'appliquer à une demande, dont la fin essentielle serait le supplément du juste prix. Qu'on songe d'ailleurs au principe duquel on est parti pour admettre l'action en rescision, et l'on verra qu'elle ne peut tendre qu'à la nullité du contrat. On a dit : Le prix doit être l'équivalent de la chose; s'il est moindre dans une forte proportion, c'est comme s'il n'y avait pas de prix; la vente dès lors manque d'un de ses élémens essentiels; elle est nulle. C'est donc le droit de faire prononcer la nullité, non le droit de demander un supplément de prix, qu'on a voulu conférer au vendeur. M. Portalis, dans l'exposé des motifs, a clairement exprimé qu'aucune intention d'inno-

(1) V° *Lésion.*
(2) N° 349.

ver n'avait présidé à la rédaction des articles 1681 et 1682, et que la faculté de paiement n'était qu'un moyen offert à l'acheteur pour couvrir le vice de l'acte. « La disposition, disait-il, qui donne à l'acheteur le choix d'abandonner la chose ou de payer un supplément de prix, a existé dans tous les temps. C'est un hommage rendu à la foi des contrats. Il a toujours été de maxime, quand un contrat n'est pas nul de plein droit, *quand il n'est entaché que d'un vice réparable*, qu'il faut laisser aux parties tous les moyens de remplir leurs engagemens, *en réparant tout ce qui est vicieux et injuste*, et en respectant tout ce qui ne l'est pas. » (1)

Cependant la Cour de cassation, par deux arrêts, a jugé que l'objet principal et direct de l'action en rescision est le supplément du prix; d'où elle a conclu que cette action est mobilière. (2)

115. Le système opposé me semble invinciblement établi. Il conduit à la conséquence contraire savoir, que l'action en rescision est immobilière. (3)

116. Si l'acheteur préfère garder la chose, il doit payer le supplément du juste prix. Toutefois, le supplément n'est exigé que sous la déduction du dixième du prix total. Cette modification, contraire à l'ancienne jurisprudence (4) et à la rigueur

(1) M. Locré, tome XIV, page 181.

(2) Arrêts du 23 prairial an XII et du 14 mai 1806; Sirey, 4. 1. 369 et 6. 1. 331; Dalloz, v° *action*, p. 215.

(3) *Voy.* M. Delvincourt, tome III, notes page 167; M. Duranton, tome XVI, n° 460; M. Troplong, n° 837.

(4) Despeisses, tit. I. sect. IV. § 6. n° 12; Rousseaud de Lacombe, v° *restitution*, sect. 3, n° 1.

des principes, a été admise, parce que les inconvéniens de l'action en rescision, inaperçus tant qu'elle a été considérée spéculativement, se sont vivement révélés quand on est descendu à l'application, et qu'alors on a senti la nécessité de les atténuer. « J'admets, disait M. Treilhard, tout ce qui peut affaiblir l'action en rescision. J'applaudis en conséquence à l'idée de diminuer de dix pour cent l'exacte valeur de la chose » (1). Il allait bien plus loin et ajoutait : « Je pense que le but serait encore mieux rempli, si l'on n'obligeait l'acquéreur qu'à fournir la moitié de ce qui manque au juste prix » (2).

117. Le supplément produit intérêt du jour de la demande en rescision. C'est encore ici une transaction avec les principes. Les intérêts, suivant l'observation de Cujas (3), étant l'équivalent de la jouissance de la chose, devraient courir du jour même de la vente : on a justifié la disposition qui les fait partir seulement du jour de la demande, en disant que tant que le vendeur garde le silence, l'acheteur est un possesseur de bonne foi, qui, comme tel, fait les fruits siens. Cette opinion n'est guère conciliable avec celle qui considère la lésion comme constituant un dol réel, *dolus re ipsâ* (4). Pothier paraît pencher pour l'opinion de Cujas; en tout cas, il reconnaît que lorsque la lésion est fort au-dessus de la moitié du juste prix,

(1) M. Locré, tome XIV, page 199.

(2) *Ibid. Loc. cit.*

(3) *Ad leg. 2, cod. de rescind. vend.*

(4) M. Delvincourt, tome III, notes, page 167.

il est impossible d'admettre que l'acheteur soit de bonne foi (1). Ainsi, la raison donnée pour refuser les intérêts à compter du jour du contrat n'est pas même spécieuse; on l'a donnée, parce qu'il en coûtait d'avouer qu'après avoir posé le principe de la rescision, on était forcé de reculer devant les conséquences.

118. Si l'acheteur préfère rendre la chose, la rescision produit alors son effet ordinaire et naturel; la vente est censée n'avoir jamais existé; les parties doivent être replacées au même et semblable état qu'elles étaient avant le contrat.

Quoiqu'il y ait une véritable différence entre la résolution produite par l'exercice du droit de réméré, et la rescision prononcée pour cause de lésion (2); cependant elles peuvent être presque entièrement assimilées, lorsqu'il s'agit d'examiner les prestations que se doivent réciproquement le vendeur et l'acheteur.

Ainsi celui-ci doit, outre la chose elle-même, rendre les accessoires et les accroissemens survenus; par exemple, le trésor découvert et l'alluvion. (3)

119. Il devrait aussi restituer tous les fruits qu'il a perçus, à la charge par le vendeur de payer les intérêts du prix; mais les difficultés que présenterait nécessairement une semblable liquidation, et non la prétendue bonne foi de l'acheteur, ont

---

(1) N° 358, Rousseaud de Lacombe. *Restitution* sect. 3, n° 12.
(2) *Résoudre* et *annuler* sont choses différentes. *Voy.* suprà, n° 114.
(3) Suprà, n° 55.

déterminé le législateur à prescrire seulement la restitution des fruits, échus du jour de la demande, et le paiement des intérêts par le vendeur, à compter du même jour. (Art. 1682.)

120. La règle qui, pour prévenir les embarras qu'offrirait le compte des fruits, établit entre eux et les intérêts du prix une sorte de compensation, ne peut pas ici, plus que dans la vente à réméré, s'étendre au cas où il y avait des fruits extans à l'époque de la vente ou à l'époque de la rescision. L'acheteur, contre lequel la demande serait formée au moment où il aurait perçu deux récoltes, après n'avoir fait les frais de culture que pour une année, aurait un avantage qu'il n'est pas dans l'intention du législateur de lui accorder; et réciproquement il éprouverait une perte qu'il ne doit pas subir, si, ayant acheté après la récolte, il était assigné en rescision quelques jours avant la récolte de l'année suivante, et après avoir payé tous les frais de culture de cette année. Le troisième alinéa de l'article 1682 dit, en effet, expressément que si l'acheteur n'a reçu aucuns fruits, l'intérêt du prix lui est dû à compter de la vente. Mais le principe d'équité qui a dicté cette disposition serait profondément blessé, si l'acheteur qui aurait, dans l'intervalle de treize ou quatorze mois, perçu deux récoltes, pouvait les garder; tandis que le vendeur n'aurait joui des intérêts du prix que pendant un peu plus d'une année (1). J'ai, en traitant du ré-

---

(1) Pothier, n° 359. *Voy.* infrà, n° 124.

méré, posé le principe simple et général, à l'aide duquel toutes les difficultés de cette nature peuvent être décidées; j'y renvoie en faisant seulement remarquer que, la durée de l'action en rescision étant limitée à deux années, les cas seront nécessairement moins compliqués que lorsqu'il s'agit de l'exercice de la faculté de rachat, qui peut être stipulée pour cinq ans. (1)

121. L'acheteur doit tenir compte des dégradations dont il a tiré un profit. « Par exemple, dit Pothier (2), s'il a abattu un bois de haute futaie qu'il a vendu à un marchand; s'il a démoli un édifice, dont il a vendu les matériaux, il n'est pas douteux qu'il doit faire raison de la somme qui lui est parvenue du fruit de cette futaie ou de celui des matériaux.

« Quant aux dégradations dont il n'a pas profité, ajoute-t-il, et qui ont été causées par sa négligence, l'acheteur, qui peut être réputé avoir été possesseur de bonne foi, ne doit pas être tenu d'en faire raison; car il a pu négliger un héritage qu'il croyait être parfaitement à lui et qu'il ignorait être sujet à rescision. S'il paraît, au contraire, qu'il n'a pu ignorer que son contrat était sujet à rescision, il en doit être tenu. »

En supposant qu'on pût distinguer entre ces deux hypothèses, il est certain qu'aujourd'hui que la lésion doit être de plus des sept douzièmes, elle atteindrait presque toujours ce degré d'énor-

---

(1) *Voy.* suprà, nos 56, 57 et 58.
(2) No 361.

mité que, dans un autre passage, Pothier considère comme exclusif de la bonne foi de l'acheteur (1). D'ailleurs, j'ai déjà fait remarquer, et, quoique avec regret, je persiste à dire que le prétendu *dol réel*, désigné comme base de l'action en rescision est incompatible avec l'idée de bonne foi. (2)

122. Le vendeur doit la restitution du prix qu'il a reçu, avec les intérêts du jour de la demande.

123. Les intérêts courent même du jour de la vente, si l'acheteur n'a reçu aucuns fruits. (Article 1682.)

124. J'ai déjà montré que cette disposition annonce de la part du législateur la volonté d'établir entre les fruits et les intérêts un juste équilibre; qu'en conséquence, si l'acheteur a trouvé des fruits extans au moment de la vente; ou si, au moment où la rescision est demandée, il y a des fruits pendans dont le vendeur profite; ces circonstances extraordinaires peuvent faire modifier la règle qui laisse à l'acheteur les fruits, au vendeur les intérêts, pour le temps qui a couru depuis la vente jusqu'à la demande. (3)

125. Le vendeur est tenu de rembourser à l'acheteur les améliorations et réparations qu'il a faites, en suivant les distinctions qui ont été établies, dans le cas de vente à réméré, entre les ré-

---

(1) *Voy.* n° 358.

(2) L'art. 2175, offre un argument *à fortiori*; M. Delvincourt, tome III, notes, page 167. Contrà, M. Troplong, n° 844.

(3) *Voy.* suprà, n° 120.

parations nécessaires, utiles, voluptuaires et d'entretien. (1)

126. L'acheteur à réméré a droit d'exiger la restitution des frais et loyaux coûts de la vente, parce qu'il doit se retirer parfaitement indemne; ce n'est qu'à cette condition que le vendeur peut obtenir la résolution de la vente. Plusieurs auteurs (2) ont pensé qu'il en devait être de même au cas de rescision. *Indemnis enim emptor discedere debet*, disent-ils avec la loi 27, ff. *de Ædilit. edict.* Ils n'ont pas pris garde que cette disposition, applicable à l'acheteur qui a obtenu la résolution d'une vente à cause de l'existence de vices rédhibitoires, ne saurait profiter à l'acheteur contre lequel la rescision est prononcée pour lésion. Ici c'est le vendeur qui doit être relevé indemne et remis au même et semblable état qu'avant la vente; c'est donc seulement ce qu'il a reçu, ce dont il a profité, qui est sujet à restitution. (3)

127. Tant que le vendeur n'a pas rendu à l'acheteur tout ce qu'il doit lui restituer, celui-ci a le droit de conserver l'immeuble comme un gage; l'avantage de sa position ne doit pas lui être ôté, jusqu'à ce qu'il ait reçu les prestations dont est tenu le vendeur.

128. Pothier pense que ce droit de rétention est

---

(1) *Voy.* supra, nos 47, 48 et 49.

(2) Rebuffe ad leg. 71 ff. *de verb. signif.* Voët de *rescind vend.* n° 9; Despeisses, tit. I, sect. IV, § 5, n° 13; Rousseaud de Lacombe, v° *restitution*, n° 9.

(3) *Voy.* M. Delvincourt, tom. III, notes, page 168; M. Troplong, n° 848.

même le seul qui appartienne à l'acheteur; qu'il ne peut contraindre le vendeur à payer le prix et les autres prestations; qu'il peut demander tout au plus, que faute par le vendeur de le satisfaire, dans un certain temps fixé par le juge, l'héritage lui reste irrévocablement. (1)

Dans ce système, le vendeur qui refuserait de rembourser le prix paralyserait la décision intervenue; il serait maître d'empêcher la rescision, alors même que l'acquéreur réclamerait l'exécution du jugement qui la prononce. Je ne crois pas qu'on doive suivre cette opinion; le jugement ne crée pas une faculté pour le vendeur, il attribue à chacune des parties des droits qu'elles sont maîtresses d'exercer. (2)

L'on conçoit l'intérêt que peut, dans certains cas, avoir le vendeur à refuser d'exécuter le jugement qu'il a provoqué. Par exemple, si l'immeuble a péri depuis la demande en rescision, sans la faute de l'acheteur, la perte serait pour le vendeur; car du jour de la demande, la chose est à ses risques et périls. Alors il lui serait avantageux de laisser subsister la vente et de garder le prix qu'il

---

(1) N° 370.

(2) Ferrière, v° *Lésion*; cite en ce sens un arrêt du 11 juin 1550, rapporté par Charondas, liv. 5, rép. 8; et il ajoute : la raison est que le jugement qui intervient entre les parties, établit un droit qui est également acquis au défendeur et au demandeur; *quia judicio quasi contrahitur, ideoque ipsa judicati, veluti obligatio spectanda est. Leg. licet § idem scribit ff de peculio. Itaque cum sententia lata est jure communi; ab ea qui obtinuit, non potest recedere, cùm non sit pœnitentiæ locus. Bald. ad leg. si judex ff de minorib. et leg. 2 cod. de fidejus minor et in lege si constante § solut. matrim.*

a reçu, en refusant d'exécuter le jugement qui a prononcé la rescision. (1)

129. La rescision a lieu à l'égard des tiers, comme à l'égard de l'acquéreur. (2)

Elle entraîne la nullité des hypothèques qui ont été consenties; elle fait cesser les servitudes ou autres charges qui ont été établies sur l'immeuble. (3)

Le tiers possesseur a, comme l'acquéreur, le choix entre l'abandon de l'immeuble et le paiement du supplément du prix; et, soit qu'il opte pour l'un ou l'autre, il jouit des mêmes droits et il est tenu des mêmes obligations que l'acheteur. (Art. 1681.)

130. M. Delvincourt (4) propose une distinction, en ce qui touche l'obligation d'indemniser le vendeur des détériorations que la négligence du possesseur a causées. Il pense que l'acheteur est tenu de ces détériorations, parce qu'il ne peut être supposé de bonne foi (5); tandis que le tiers détenteur est présumé avoir ignoré le vice de la première vente, et par conséquent a pu négliger

(1) C'est dans une espèce semblable qu'a été rendu l'arrêt du 11 juin 1550 cité dans la note précédente.

(2) Despeisses, tit. I, sect. IV, § 5, n° 1; Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, n° 7; Pothier, n° 371, Cod. civ., art. 1681; *suprà*, n° 93 et 94.

(3) Fachin, lib. II, cap. 23; Despeisses, tit. I, sect. IV, § 5, n° 13; Rousseaud de Lacombe, v° *Restitution*, n° 9; M. Toullier, tome VII, n° 549 et les auteurs qu'il cite, Cod. civ. art. 2125. *Voy.* suprà, n° 93.

(4) Tome III, notes page 167.

(5) *Voy.* suprà, n° 121.

la chose comme sienne. Il est difficile de comprendre que la lésion n'ait pas été révélée au tiers détenteur qui, d'une part, a eu connaissance du prix de la première vente; car il n'a pas acheté sans se faire représenter le titre de son auteur; et qui, d'un autre côté, a su la véritable valeur de la chose, puisqu'il l'a acquise. Dès-lors sa bonne foi ne peut guère se supposer plus que celle de l'acquéreur. (1)

131. Les baux faits sans fraude par l'acquéreur doivent être exécutés par le vendeur. L'art. 1673 le dit formellement dans le cas de réméré, et il y a évidemment même raison de décider. (2)

132. M. Toullier a traité la question de savoir si la rescision prononcée pour cause de lésion est une mutation qui donne lieu à la perception du droit proportionnel; et il décide que, la lésion étant une cause de nullité radicale, la rescision qui en est la suite rentre dans la disposition de l'article 68, §. 3, n° 7, de la loi du 22 frimaire an VII, portant qu'il ne sera perçu qu'un droit fixe pour les expéditions de jugemens qui prononcent la résolution des contrats, pour cause de nullité radicale. Il combat M. Merlin et la Cour de cassation, qui ont adopté l'opinion opposée (3). M. Troplong (4)

---

(1) L'art. 2175, rend le tiers détenteur responsable envers les créanciers hypothécaires, des détériorations causées par sa négligence. Le tiers détenteur ne me paraît pas devoir être traité plus favorablement, dans ses rapports avec le vendeur demandant la rescision.

(2) *V.* suprà, n° 65. *V.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 457.

(3) *Voy.* Tom. VII, n° 543 et suiv.

(4) N° 852.

reproduit l'opinion de M. Toullier, et MM. Championnière et Rigaud (1) établissent, par de nouveaux argumens et par la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même, que le droit proportionnel n'est pas exigible. J'ai dû rappeler cette controverse par deux motifs. Je me plais, je l'avoue, à recueillir et à reproduire les hommages rendus à la vaste érudition, à l'admirable dialectique du vénérable maître qui m'a donné la mission que je remplis; surtout lorsqu'ils émanent d'hommes aussi distingués que ceux dont je viens de citer les noms. D'ailleurs, tout ce qui précède a pour fondement cette vérité; que la lésion est un vice radical; que, par la rescision, la vente est annulée *ab initio*. Si l'on renversait ce principe, le système entier s'écroulerait. « La doctrine de M. Merlin, disent très bien MM. Championnière et Rigaud, a été créée par lui seul; car nul, avant lui, ne l'avait soutenue; nous n'examinons pas dans quel esprit (2). Mais il n'appartient qu'au législateur de créer des principes; et encore est-il dominé par la nature des choses, à laquelle son pouvoir doit céder. C'est cette puissance que l'ancien droit avait reconnue, en considérant la lésion comme une nullité radicale, frappant le contrat, *ex causâ antiquâ et primævâ*. Elle ne peut l'anéantir autrement. Les lois nouvelles n'ont pas fait disparaître

(1) Traité des droits d'enregistrement, tome Ier, n°s 446 et suiv.

(2) M. Toullier, dit M. Troplong, me paraît avoir été le défenseur des véritables principes, tandis que M. Merlin a plutôt plaidé la cause de la fiscalité.

cette nécessité (1). » Il est difficile d'exprimer plus heureusement des idées plus justes.

CHAPITRE VII.

De la licitation.

SOMMAIRE.

133. *Définition de la licitation.*
134. *Dans quels cas elle a lieu.*
135. *Circonstances qui autorisent à provoquer la licitation. De la nécessité d'établir des servitudes sur des lots, ou de faire des lots inégaux.*
136. *Un seul des co-propriétaires, quelle que soit sa part, peut provoquer la licitation.*
137. *La licitation a lieu pour les meubles, comme pour les immeubles, pour les objets corporels, comme pour les choses incorporelles.*
138. *Des formes de la licitation. Renvoi.*
139. *De la licitation volontaire.*
140. *Les étrangers peuvent y être admis.*
141. *Dans la licitation volontaire, le procès-verbal du notaire est-il valable et obligatoire pour les parties, quoiqu'il ne soit pas signé par elles.*
142. *De la licitation judiciaire.*
143. *De l'admission des étrangers.*

(1) Tome I, Traité des droits d'enregistrement, n° 451.

133. Nul ne peut être contraint à rester dans l'indivision. C'est un principe consacré par l'article 815 du Code civil, et qui est puisé dans les lois romaines (1). Il est reconnu qu'il s'applique à toutes les positions, et quelles que soient la cause et l'origine de la communauté : qu'elle dérive d'une acquisition faite en commun, d'une société, d'un legs, ou d'une donation; peu importe (2).

L'article 815 n'admet d'exception que pour le

(1) *In communi vel societate nemo compellitur invitus detineri.* L. 5. *cod. comm. divid.*

(2) L. 2. *ff. comm. divid.*; Pothier, n° 516 et 659.

cas où il a été convenu entre les copropriétaires ou cohéritiers, qu'ils resteront dans l'indivision, pendant un certain temps dont la limite est fixée à cinq années.

Mais le droit de provoquer le partage en nature de la chose commune à plusieurs peut rencontrer des obstacles dans l'exécution.

Si la chose commune est telle, que la diviser en plusieurs parties ce soit la détruire; si le partage, rigoureusement possible, ne peut cependant s'opérer commodément et sans perte, il faut bien renoncer à séparer la chose en plusieurs portions. Alors, pour faire cesser l'indivision, il n'y a d'autre moyen que de vendre l'objet impartageable, et d'en distribuer le prix entre tous les copropriétaires. (1)

La vente se fait aux enchères, afin qu'il soit libre à chacun d'acheter, s'il trouve que le prix offert par les autres n'est pas assez élevé.

Ainsi le principe est respecté, autant que le permet la force des choses.

La vente opérée de cette manière se nomme *licitation*. (2)

134. Elle a lieu, comme je l'ai dit, dans ces deux cas; lorsque le partage est absolument impossible; ou lorsqu'il ne peut se faire *commodé-*

---

(1) La licitation est un partage où les portions se distribuent à chacun en argent, au lieu de se distribuer en nature, Guyot. Traité des fiefs, *des licitations*, chap. 3, sect. 1.

(2) Des mots *liceri* et *licitari* qui signifient mettre *à prix* et *enchérir*. Voy. *Lexicon Calvini, in verbis liceri et licitari.*

ment et sans perte : l'article 1686 en ajoute un troisième, celui où dans un partage de biens communs fait de gré à gré, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des copartageans ne veut ou ne peut prendre.

135. Lorsque les parties sont d'accord sur l'impossibilité ou sur les inconvéniens du partage en nature, la licitation a lieu sans difficulté ; lorsque, au contraire, il y a débat entre les communistes; que les uns pensent que le partage peut être fait sans dommage; que les autres soutiennent qu'il causerait une perte, c'est aux tribunaux à examiner les raisons des uns et des autres et à décider s'il y aura partage ou licitation.

La solution d'une pareille difficulté dépend d'une foule de circonstances que le législateur et les commentateurs ne sauraient ni prévoir ni apprécier. L'art. 1686 s'est borné à indiquer le point de vue général auquel doit se placer le juge. Il dit que, pour ordonner le partage, il faut qu'il puisse se faire commodément et sans perte; s'il doit avoir pour conséquence un dommage ou même des incommodités, la licitation est préférable.

Ajouter comme règles propres à compléter cette disposition les décisions rendues par les tribunaux dans différentes espèces, c'est ériger en principes absolus ce qui n'a évidemment que la valeur de vérités relatives.

Ainsi M. Troplong enseigne (1) que l'obliga-

(1) N° 861.

tion, où se trouvent quelques-uns des copartageans de supporter une servitude sur leur lot, pour fournir une issue à une portion enclavée, n'est pas un motif suffisant pour provoquer la licitation; et il cite un arrêt de la Cour de cassation du 21 août 1832, qui aurait jugé; que l'usage en commun d'un vestibule et d'une cour, pour le service des bâtimens partagés, doit être considéré comme une servitude réciproque, dont l'existence n'est pas une incommodité suffisante pour faire mettre la chose en vente. (1)

La Cour de cassation n'a pas jugé, *en droit*, que *dans tous les cas* l'existence d'une servitude, même de la servitude de passage dont il s'agissait dans l'espèce, soit insuffisante pour motiver la licitation. Elle s'est bornée à rejeter le pourvoi dirigé contre un arrêt qui, *en fait*, l'avait décidé ainsi.

Si la Cour de Colmar, dont l'arrêt était dénoncé, eût jugé que l'incommodité faisait obstacle au partage en nature, la Cour de cassation eût-elle cassé et jugé, *en droit*, que la Cour de Colmar s'était trompée? On n'oserait le soutenir.

Mais si la jurisprudence n'offre pas de règles générales affirmatives, du moins on peut y trouver des enseignemens négatifs; c'est-à-dire que, si elle est impuissante pour indiquer les circonstances dans lesquelles il faut ordonner la licitation; du moins elle apprend que telles ou telles circonstances ne sont pas absolument exclusives du partage en nature.

---

(1) Sirey, 32. 1. 775; Dalloz, 32. 1. 370.

Ainsi, de l'arrêt de la Cour de cassation qui vient d'être cité on ne saurait conclure, en thèse générale, qu'une servitude de passage sur un des lots n'est pas un inconvénient assez grave pour faire ordonner la licitation; car il est des cas où il suffirait (1). On est seulement autorisé à dire que l'établissement d'une servitude n'est pas toujours, et nécessairement un motif pour repousser le partage. C'est là l'unique fruit que puisse retirer la science des décisions judiciaires.

Chaque jour, en procédant au partage, on fait des lots inégaux, et l'inégalité se compense au moyen d'une soulte que paie l'un des copartageans; aussi il est constant que l'inégalité forcée dans les parts ne doit pas faire renoncer au partage; mais on n'érigera jamais en règle générale, que, quelle que soit la différence entre les lots, par cela qu'il sera possible d'en faire plusieurs, il faudra procéder au partage. Dans plusieurs occasions, l'extrême disproportion dans l'étendue et la valeur des lots aurait pour résultat de donner la chose presque entière à l'un des copropriétaires, en le chargeant d'en payer le prix aux autres. Ce ne serait plus véritablement un partage en nature. « Si la plus-value de l'un à l'autre, fait remarquer M. Carré (2), était trop forte, la soulte pourrait devenir onéreuse. Alors, dit M. Demiau Crouzilhac, page 652, les cohéritiers peuvent s'entendre

---

(1) Il arrive aussi quelquefois, dit M. Rolland de Villargues, v° *Licitation*, n° 42, que l'existence de servitudes ou la nécessité d'en établir empêche de partager *commodément* des maisons.

(2) Lois de la procédure, tome [illegible], page [illegible].

ou l'un d'eux peut exiger qu'on égalise les lots, en déduisant du lot supérieur la partie la moins importante, et à due concurrence, pour la vendre par licitation au profit commun. »

136. Le droit de provoquer le partage appartient à chacun des communistes; par conséquent, un seul peut faire ordonner la licitation, malgré tous les autres. La législation offre un exemple où la mesure est subordonnée à la quotité d'intérêt qui appartient à celui qui la provoque. On lit dans l'article 220 du Code de commerce, que la licitation d'un navire appartenant à plusieurs ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire, s'il n'y a par écrit, convention contraire; ce qui n'est pas, dit M. Pardessus, sans de graves inconvéniens (1). Hors ce cas d'exception, l'un des copropriétaires, quelque minime que soit sa part, peut provoquer la licitation; par la raison qu'il pourrait provoquer le partage en nature, s'il était praticable.

137. La disposition de l'article 1686 s'applique aux meubles comme aux immeubles, aux objets corporels comme aux choses incorporelles. D'une part, l'article 575 du Code civil porte que lorsqu'une chose formée avec des matières appartenant à des propriétaires différens reste en commun, elle doit être licitée; et cet article est compris dans une section intitulée : *Du droit d'accession relativement aux choses mobilières.* D'un

(1) Cours de droit commercial, tome III, page 17.

autre côté, il n'est pas de tribunal devant lequel on ne procède fréquemment à la licitation d'objets incorporels, tels que clientelles, achalandages, droit à un bail, ou droit d'usufruit (1). D'ailleurs, le mot *choses*, qu'emploie l'article 1686, est le plus général dont il fût possible d'user.

138. Ce chapitre du Code civil ne s'occupe de la licitation qu'afin de déterminer les cas dans lesquels elle est nécessaire; il se réfère, pour les formalités à observer, au titre des successions et au Code de procédure. Je dois donc me borner à renvoyer à ce qu'ont dit M. Toullier (2) et M. Carré (3) sur cette matière.

139. Toutefois, il est nécessaire d'indiquer ici la différence qui existe entre la licitation volontaire ou amiable, et la licitation judiciaire.

La licitation volontaire ou amiable est celle qui est faite devant un notaire du choix des parties, et sans aucune formalité. Pour qu'on puisse procéder de cette manière, il faut que tous les copropriétaires y consentent, qu'ils s'entendent sur le choix du notaire, qu'ils soient tous présens, majeurs et ayant le libre exercice de leurs droits.

140. Les étrangers y peuvent êtreadmis, cependant il faut que, sur ce point comme sur tous les autres, il y ait consentement unanime. A la vérité, l'article 1687 attribue à chacun des copropriétaires le droit d'appeler les étrangers à la licitation,

(1) M. Proudhon, *de l'usufruit*, n° 1248 et suiv.
(2) *Voy.* tome IV, n° 405 et suiv., 561 et suiv.
(3) Lois de la procédure, tome III, page 540 et suiv.

mais il dispose pour le cas où la licitation se poursuit avec toutes les formalités prescrites par la loi. Le copropriétaire qui a consenti à ce que le mode régulier ne fût point observé, est le maître de dire à ses cointéressés : je n'accepte la licitation amiable qu'à la condition que les étrangers seront exclus; si vous voulez qu'ils soient admis, je retire mon consentement; procédons en la forme légale.

141. Dans la licitation volontaire, le notaire n'agit que comme officier ministériel; il n'a d'autre mission que celle que les parties lui ont confiée, qui est de dresser acte de leurs consentemens respectifs, lorsque ces consentemens auront été donnés et réciproquement acceptés. De là on a tiré la conséquence que si le procès-verbal n'est point parfait comme acte notarié, et par exemple, s'il n'est point signé par les parties; aux termes des articles 14 et 68 de la loi du 25 ventose an XI l'acte est nul et le contrat n'existe point (1). Ainsi, des affiches auront annoncé la licitation et y auront appelé les tiers, le notaire sera présent pour recevoir les enchères, ils les aura reçues, il aura prononcé l'adjudication au plus offrant et dernier enchérisseur; et cependant, tant que l'acte ne sera pas signé, les copropriétaires pourront déclarer qu'ils n'acceptent pas la dernière en-

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 24 janvier 1814; Sirey, 14. 1. 157. Je dois dire que M. Favard de Langlade, Répertoire, v° *Vente d'immeubles*, § I, n° 2; M. Rolland de Villargues, v° *Licitation* n° 73; M. Troplong, n° 868, adoptent sans hésitation, la doctrine consacrée par cet arrêt.

chère, et le dernier enchérisseur pourra se jouer de sa parole. J'admets avec une extrême répugnance ce résultat; je sens toutefois la puissance de l'argumentation qui se fonde sur les principes généraux établis par la loi du 25 ventose an XI. Cependant, dans les actes notariés ordinaires, on exige la signature des parties parce qu'on suppose que leur consentement n'est définitif que, lorsque après la lecture de l'acte, elles l'approuvent par l'apposition de leur signature. Au contraire, dans une vente aux enchères, les affiches ont indiqué les conditions; c'est le prix seul qui reste incertain; c'est pour le fixer qu'on se réunit devant l'officier ministériel, les uns promettant de vendre à la plus haute enchère; les autres d'acheter au prix qu'ils auront indiqué? Ainsi, au moment où le temps nécessaire s'est écoulé après qu'une somme a été offerte sans qu'aucune autre enchère l'ait couverte, les consentemens réciproques sont certains et définitifs. Le notaire n'a plus qu'à dresser le procès-verbal constatant une opération consommée.

142. La licitation judiciaire est celle qui est faite, en observant toutes les formalités établies par les articles 827 et suivans du Code civil, et 966 et suivans du Code de procédure. Elle a lieu, lorsque parmi les copropriétaires se trouvent des mineurs, des interdits, des non-présens, des absens, ou autres n'ayant pas la libre disposition de leurs droits (Cod. civ. art. 838 et 839. Cod. de pro. art. 954). Elle a lieu aussi, quoique tous les communistes soient majeurs, présens, etc., s'ils ne

s'entendent pas pour faire une licitation amiable.

143. Dans la licitation judiciaire, il suffit qu'un seul des copropriétaires le veuille, pour que les étrangers soient appelés (1). Ils le sont nécessairement, lorsqu'un des copropriétaires est mineur, interdit ou absent, etc. Les copropriétaires majeurs et maîtres de leurs droits peuvent, sans aucun doute, convenir que, lorsqu'ils voudront faire cesser l'état d'indivision dans lequel ils se trouvent, il sera procédé, entre eux seuls, à la licitation; mais s'il y a des mineurs à l'époque de la cessation de l'indivision, les étrangers, nonobstant la convention, devront être appelés. (2)

144. Voyons maintenant quel est le véritable caractère de la licitation.

Quoique le chapitre relatif à la licitation soit placé sous le titre de la vente; lorsque c'est l'un des copropriétaires qui devient adjudicataire, la licitation est un partage; elle n'est pas une vente, par cette raison décisive qu'elle a pour effet, comme le partage, de faire cesser l'indivision. (3)

Ce caractère n'est modifié ni parce que la licitation a été volontaire, ni par l'admission des étrangers.

---

(1) *Voy.* suprà, n° 140, ce que j'ai dit pour la licitation volontaire.

(2) Rolland de Villargues, v° *Licitation*, n° 69.

(3) *Et licet*, dit Dumoulin, sur la coutume de Paris, § 33; glos. 1. n° 69, *in divisione res tota uni adjudicetur, tamen principalis intentio fuit dividere et illa assignatio incœpit et dependet à causâ necessariâ divisionis.* Il ajoute, n° 70, *ista assignatio non videtur esse nova mutatio, nec translatio in unum ex eis, quæ inter eos quibus est communis permittitur.* Pothier, n° 516, 639 et suiv.; M. Toullier, tome IV, n° 561, en note.

Mais, relativement au tiers non copropriétaire à qui est adjugé l'objet licité, il y a une vente véritable, dans laquelle les propriétaires figurent en qualité de covendeurs. (1)

145. En conséquence, si c'est l'un des propriétaires qui se rend adjudicataire, il n'est point tenu des hypothèques consenties par ses colicitans et inscrites même avant la licitation (2); les colicitans n'ont point le privilège de vendeurs, ni l'action en résolution pour défaut de paiement du prix (3); ils ont le privilège de copartageans (4); ils doivent la garantie imposée aux cohéritiers, et non celle dont est tenu le vendeur; enfin c'est la lésion de plus du quart, et non celle de plus des sept douzièmes qui donnerait lieu à rescision. (5)

La loi de 22 frimaire an VII, article 69, § 5 et 7, établit un droit de 2 pour 100 sur les licitations de biens meubles et de 4 pour 100 sur les licitations d'immeubles; la loi du 28 avril 1816, art. 52 et 54, a porté le droit de vente sur les immeubles à 5 et demi pour 100; elle a voulu que, dans tous les cas où des actes seraient de nature à

---

(1) Pothier, nº 516; Chabot, sur les art. 882 et 883.

(2) Pothier, 641. Proudhon, de l'usufruit, nº 2387; Grenier, Traité des Hypothèques, nº 158. Arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1809; Sirey, 9. 1. 139.

(3) Arrêts de la Cour de Metz du 23 mars 1820, Sirey, 20. 2. 338. de la Cour de cassation du 24 mars 1823; Sirey, 23. 1. 200; de la Cour de Besançon, du 25 juin 1828; Sirey, 29. 2. 86; Dalloz, 29. 2. 132; de la Cour de cassation, du 9 mai 1832; Sirey, 32. 1. 367; Dalloz, 32. 1. 178.

(4) Arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1829; Sirey, 30. 1. 107; Dalloz, 30. 1. 35.

(5) Art. 887.

être transcrits, le droit fût augmenté d'un et demi pour 100, et qu'il n'y eût point de perception de droit de transcription. La jurisprudence, malgré les prétentions contraires de la régie, a constamment décidé que les licitations d'immeubles ne donnent lieu qu'au droit de 4 pour 100 (1). Après avoir reconnu à la licitation les caractères du partage, il ne serait pas logique de lui en refuser les effets, pour lui faire produire ceux de la vente.

146. Cependant on peut citer quelques arrêts qui paraissent s'être mépris sur les déductions qu'il faut tirer de la nature de la licitation.

La Cour de cassation a jugé (2) que l'hypothèque consentie par un associé sur sa part dans un immeuble commun, subsistait après le partage qui attribuait l'immeuble à un autre associé; lorsque la société n'avait pas été publiée et n'avait pas d'existence légale à l'égard des tiers. Je ne pense pas que cette dernière circonstance dût faire modifier les principes en matière de licitation ou de partage. Le défaut de publication et d'accomplissement des formalités prescrites par le Code de commerce pouvait faire qu'il n'y eût pas société commerciale; mais il ne pouvait empêcher l'existence du fait matériel de la mise en communauté d'une chose acquise par les prétendus associés. Dès-lors, les règles ordinaires sur la licita-

---

(1) *Voy.* les arrêts que j'ai cités dans ma collection des lois sous l'article 54 de la loi du 28 avril 1816.

(2) Arrêt du 23 mars 1825; Sirey, 25. 1. 396; Dalloz, 25. 1. 253.

tion et le partage devaient avoir leur empire; car, la Cour de cassation l'a plusieurs fois décidé (1), l'acquisition faite en commun par plusieurs acquéreurs forme entre eux une société particulière, et en conséquence le partage ou la licitation ne peut être considéré comme vente ni comme acte translatif de propriété sujet à transcription.

Un arrêt de la Cour de Rouen (2) a jugé qu'au cas de licitation de biens compris dans une succession à laquelle est appelée une femme mariée sous le régime dotal, il y a lieu à remploi de la portion du prix qui revient à cette femme, comme il y aurait lieu à remploi du prix d'un immeuble dotal qui aurait été vendu; bien que l'immeuble ait été adjugé au cohéritier de la femme. Cette décision suppose que la femme a été, durant l'indivision, propriétaire pour sa part de l'immeuble licité; elle méconnaît donc ce principe incontestable, qu'après la licitation l'adjudicataire est censé avoir toujours été seul propriétaire, et les colicitans ne l'avoir jamais été. La Cour a bien senti l'objection fondée sur la nature de l'acte qu'elle avait à apprécier, et elle y a répondu par ces étranges paroles : « *Qu'est-ce qu'une licitation, si ce n'est pas une vente, puisque l'un abandonne sa part à l'autre, renonce à tous droits de propriété, moyennant le prix convenu ?* » Si l'arrêt n'était justifié que par

(1) Arrêts du 14 juillet 1824; Sirey, 24. 1. 342 et 25. 1. 397; Dalloz, v[is] *Hypothèque et Partage*; du 22 février 1827; Sirey, 27. 1. 147; Dalloz, 27. 1. 150. *Voy.* les Observations de M. Dalloz, sur l'arrêt du 23 mars 1825, tome 25. 1. 254.

(2) Du 24 avril 1828; Sirey, 28. 2. 190; Dalloz, 28. 2. 241.

de pareilles raisons, il ne mériterait ni discussion ni examen; mais il contient d'autres motifs graves et puissans. Il fait remarquer que la loi prohibitive de l'aliénation des biens dotaux serait facilement éludée, si l'on appliquait rigoureusement les règles sur la licitation; il constate même en fait que c'est dans l'intention de se soustraire à l'inaliénabilité et à ses conséquences, qu'on a procédé à la licitation, et qu'on a adjugé l'immeuble au cohéritier de la femme. On peut se rendre à ces considérations; mais il fallait protester contre l'hérésie que l'arrêt a professée, en disant qu'une licitation est une vente.

147. Précisément parce que l'une diffère de l'autre, il importe de bien les distinguer et de s'expliquer sur quelques cas, où des doutes peuvent s'élever.

On a demandé si la licitation doit nécessairement avoir lieu entre tous les copropriétaires, et faire cesser l'indivision d'une manière absolue; si elle conserve son caractère, lorsqu'elle est faite seulement entre quelques-uns des copropriétaires, laissant subsister l'indivision à l'égard de autres?

« Il n'y a point de règle, dit Guyot, qui oblige les coassociés à ne sortir de la communauté qu'en la rompant avec tous. L'un peut liciter sa portion, soit avec un, soit avec tous : cela ne fait que diminuer le nombre des propriétaires, mais il n'y a point de changement de propriétaires, ils ont tous *totum in toto, et totum in qualibet parte.* Dès que ce sont les mêmes copropriétaires qui ont payé les droits de l'acquisition première, que cela se

fasse par un abandon de ses droits à tous, ou par un autre acte qui remette à tous ceux qui restent, ou à quelques-uns d'entre eux, le droit d'un des copropriétaires, cela est indifférent; c'est toujours un acte qui n'a trait qu'à la dissolution de communauté, et dans lequel l'esprit des contractans est de partager et non de vendre.» (1)

Mais la Cour de cassation a jugé que l'acte qui ne fait pas cesser l'indivision entre tous n'a pas le caractère de licitation, et qu'il est sujet au droit de transcription (2). « La fiction de droit, dit-elle, établie par l'article 883, d'après laquelle chaque communiste est censé avoir été propriétaire *ab initio* des objets à lui échus par le partage ou licitation, ne s'applique, d'après les termes mêmes de cet article qu'aux actes qui y sont énoncés, et qui passés entre *tous les cohéritiers* ou autres copropriétaires d'une même chose, ont pour effet de faire cesser l'indivision de cette même chose.»

L'article 883 ne dit point: *Tous les cohéritiers*, comme le suppose l'arrêt; ainsi l'argument tiré du texte manque d'exactitude. Il est vrai que c'est aux actes qui font cesser l'indivision que s'applique la qualification de licitation; mais il n'est pas établi que ce soit aux actes qui la font cesser entre tous que cette qualification est réservée. Il

(1) Guyot, Traité des fiefs, *des licitations*, ch. 3, sect. 3, § 4, n° 3; Pothier, *de la Vente*, n° 644, *de la Communauté*, n° 148 et 714.

(2) Arrêts du 16 janvier 1827; Sirey, 27. 1. 243; Dalloz, 27. 1. 118; du 24 août 1829; Sirey, 29. 1. 421; Dalloz, 29. 1. 346; du 18 mars 1829. Sirey, 30. 1. 339; du 31 janvier 1832, Sirey, 32. 1. 160; Dalloz, 32. 1. 191 80; du 16 mai 1832; Sirey, 32. 1. 602; Dalloz, 32. 1.

faut donc s'attacher à voir si les mêmes caractères se retrouvent dans l'acte qui laisse subsister l'indivision entre quelques-uns des copropriétaires, et dans celui qui la fait cesser entre tous. Le copropriétaire qui n'a plus droit à la chose commune est censé n'avoir jamais été propriétaire; voilà le principe. Cette fiction, accueillie lorsque l'indivision a cessé pour tous, serait repoussée, lorsque la chose reste encore commune à plusieurs. Or cependant, relativement à celui dont le droit est éteint et relativement à l'acte qui l'a dépouillé, qu'importe la position dans laquelle sont placés ses anciens copropriétaires. Si l'indivision cesse par l'effet d'un seul acte, on arrive plus promptement au but, que si par des cessions successives le nombre des propriétaires va se réduisant jusqu'à ce qu'il n'en reste plus qu'un; mais la nature de l'acte unique est certainement la même que celle des actes successifs, puisque la réunion de tous ceux-ci produit précisément l'effet qui résulte de celui-là (1). La Cour de cassation elle-même a reconnu tous les effets d'un partage, d'une licitation, dans un acte par lequel un héritier avait cédé ses droits à sept de ses cohéritiers, lesquels restaient dans l'indivision. (2)

Entre l'espèce sur laquelle est intervenu ce dernier arrêt, et celle sur laquelle a été rendu

---

(1) *Voy.* dans ce sens, les excellentes observations placées dans le *Controleur de l'enregistrement*, n.os 2399 et 2451. *Voy.* aussi M. Rolland de Villargues, v° *Licitation*, n.os 10 et suiv.

(2) Arrêt du 25 janvier 1809; Sirey, 9. 1. 139.

un autre arrêt du 16 janvier 1827, j'avais aperçu une nuance qui, sans justifier la contradiction, pouvait jusqu'à un certain point l'expliquer. Dans l'une, le cohéritier avait cédé ses droits *à tous ses cohéritiers;* dans l'autre, il ne les avait cédés *qu'à l'un d'entre eux*. Comme, en résultat, l'indivision subsiste toujours, je ne voyais pas pourquoi dans un cas on décidait qu'il y avait licitation, et que dans l'autre il y avait vente; c'était cependant, je le répète, une différence. Mais ce moyen de conciliation manque maintenant; car par plusieurs arrêts la Cour a jugé qu'il y a lieu à la perception du droit de cinq et demi pour cent, ou que les hypothèques prises par les créanciers de l'héritier cédant subsistent sur sa part; non-seulement dans le cas où la cession n'est faite qu'à un cohéritier, mais même dans le cas où elle est faite à tous. (1)

Cette jurisprudence s'écarte des saines doctrines consacrées par les auteurs (2), et il faut tenir pour constant que l'acte, par lequel l'indivision ne cesse qu'entre quelques-uns des copropriétaires, n'en a pas moins le caractère et les effets d'une licitation véritable.

148. Entre l'usufruitier et le nu-propriétaire il n'y a point indivision; le droit de chacun porte sur une chose distincte. L'acte qui attribuerait à un

---

(1) *Voy.* les arrêts précédemment cités, du 24 août 1829, du 18 mars 1829 et du 16 mai 1832.

(2) Elle est très contestable, dit M. Dalloz, 32, 1. 191.

seul la pleine propriété, ne serait pas une licitation, ce serait une vente. (1)

149. Mais si un droit d'usufruit sur une même chose appartient à plusieurs; ou si l'usufruitier pour le tout a une portion de la nue propriété; si enfin plusieurs ont droit à la nue propriété; dans le premier cas, il y aura indivision entre les usufruitiers; dans le second, entre l'usufruitier et le nu-propriétaire; dans le troisième, entre les nus-propriétaires; et ils pourront provoquer la licitation les uns contre les autres. (2)

150. Si l'expropriation de la chose commune est poursuivie, et que l'un des copropriétaires se rende adjudicataire; tous les copropriétaires ayant été dépouillés de leur droit par l'expropriation, on ne peut considérer l'adjudicataire que comme acheteur ayant un titre nouveau dans la vente, et non comme ayant continué à posséder en vertu de son ancien titre; ce n'est pas le cas d'appliquer les règles relatives aux licitations. (3)

151. Les créanciers de chacun des copropriétaires peuvent, par l'effet de la licitation, être frustrés de leurs espérances de paiement sur la chose commune, et même voir disparaître leurs hypothèques, si l'immeuble n'est pas adjugé à

---

(1) M. Proudhon, de l'usufruit, n° 7 et 1245. L. 6. ff. *de rebus eorum qui sub tutelá*. M. Proudhon indique, n° 1248, le mode de licitation d'un usufruit; mais ceci est en dehors du cercle dans lequel je dois me renfermer.

(2) *Voy.* M. Proudhon, de l'usufruit, n° 1245 et suiv.

(3) Arrêt de la Cour royale de Paris du 2 juin 1817; Sirey, 18. 2. 38; M. Delvincourt, tome III, notes, page 176, cite cet arrêt.

leur débiteur (1); mais ils ont le droit de s'opposer à ce qu'il soit procédé au partage en leur absence, et d'y intervenir à leurs frais. (Cod. civ. art. 882.)

La licitation produit ces effets, à l'égard des tiers créanciers; bien qu'elle ait été faite sans nécessité, et que la partage en nature fût possible. M. Toullier dit qu'elle ne pourra point être attaquée par le créancier d'un des cohéritiers, qui n'aurait point formé opposition; et il cite l'arrêt de la Cour de cassation du 25 janvier 1809, dont j'ai déjà eu occasion de parler.

Cette opinion doit être suivie; il ne suffit pas que le partage en nature fût possible, pour que les copropriétaires aient été contraints de le faire; ils ont pu préférer la licitation, à raison de quelques inconvéniens, même légers, qu'ils ne sont pas obligés d'exprimer. (2)

Mais si la licitation avait été concertée entre tous les copartageans, précisément pour frauder les droits des créanciers de l'un d'eux; ceux-ci auraient le droit de l'attaquer, quoiqu'ils n'eussent par formé d'opposition (3). C'est vrai, à plus forte

---

(1) Voy. *suprà*, n° 145.

(2) Dumoulin, sur la coutume de Paris, § 33. glos. 1. n° 72; Guyot, Traité des fiefs, *des licitations*, ch. 2 et 3.

(3) *Voy.* arrêt de la Cour de Toulouse du 8 décembre 1830; Sirey, 31. 2. 161; Dalloz, 31. 2. 66. *Voy.* arrêts de la même Cour du 21 mai 1827; Sirey, 28. 2. 92; Dalloz, 28. 2. 53; Palais, tome 82, p. 67; de la Cour d'Agen, du 24 février 1824; Sirey, 25. 2. 216; de la Cour de Grenoble, du 15 mai 1824; Sirey, 25. 2. 183; Dalloz, 25. 2. 31; Palais, tome 71, p. 547. *Voy.* Observations en sens contraire, de M. Sirey. tome 25. 2. 183. La Cour de Toulouse répond à ces observations dans son arrêt du 8 décembre 1830, en distinguant entre

raison, dans le cas où la licitation serait *simulée*, c'est-à-dire où celui des héritiers qui figurerait comme adjudicataire ne le serait pas réellement, et n'aurait fait que prêter son nom. (1)

CHAPITRE VIII.

Du transport des créances et autres choses incorporelles. (2)

SOMMAIRE.

152. *Origine et idée générale des droits et des actions.*
153. *De leur transmission.*
154. *Modes de transmission.*
155. *Transmission par la voie de la vente.*
156. *Nécessité de règles spéciales pour la vente des* choses incorporelles.
157. *L'expression* droits incorporels, *employée dans le Code n'est pas convenable.*
158. *Différentes sortes des créances, droits et actions. Division de la matière.*

152. Indépendamment des droits qui naissent des dispositions de la loi, les conventions des

le cas où il n'y a fraude que de la part du colicitant débiteur, et le cas où tous les copartageans sont ses complices.

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 10 mars 1825; Dalloz, 25 1. 149; Sirey, 26. 1. 192; Palais, tome 76, p. 142.

2) *Voy.* infrà, n° 157, pourquoi j'emploie l'expression *choses incorporelles*, au lieu des mots *droits incorporels* dont se sert le Code.

hommes en forment chaque jour de nouveaux. Il est impossible de concevoir les uns ou les autres, sans admettre une personne à laquelle ils soient attribués et un moyen de les exercer. L'existence d'un droit a pour indispensable corrélatif l'existence d'une obligation, et pour complément nécessaire un procédé au moyen duquel il soit possible d'obtenir l'exécution de cette obligation, c'est-dire une action en justice.

153. Les droits et les actions qui les vivifient pourraient rester constamment attachés aux mêmes personnes; du moins il n'y a rien qui répugne à leur essence dans cette complète immobilité; mais leur utilité sociale serait gravement modifiée, et l'on doit même dire anéantie, si la transmission n'en était pas autorisée.

154. Cette transmission a lieu de mille manières différentes et dans des circonstances infiniment variées; toutefois elle s'opère toujours, soit au moment même de la formation des droits et simultanément avec elle, soit après le moment de leur création, et par un acte séparé.

Ainsi, celui qui s'oblige au paiement d'une somme d'argent, qui vend un immeuble, ou qui prend tout autre engagement, crée un droit au profit de celui avec qui il contracte : par le même acte il donne naissance au droit et le transmet.

Quand cette opération est accomplie, celui envers qui l'obligation existe, et qui se trouve saisi du droit et de l'action qui en est le complément, peut les transmettre à un tiers.

155. Il ne s'agit pas ici des actes dans lesquels

se confondent la création et la transmission des droits.

Le législateur ne s'occupe que de la seconde espèce de transmission, de celle qui s'exerce sur des droits antérieurement créés; et les dispositions dont je vais donner l'analyse et l'explication, ne sont relatives qu'à la transmission par le moyen du contrat, connu sous le nom de vente.

156. Quoique, en général, les règles du contrat de vente soient indépendantes de la nature et de la qualité des choses vendues, cependant le caractère spécial de celles-ci détermine souvent des modifications aux principes généraux. Ainsi, le consentement seul suffit pour transférer la propriété; mais dans les ventes de biens meubles l'acheteur n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la tradition. (1)

La différence qui existe entre les choses corporelles et les choses incorporelles appelait une distinction. Aussi après avoir, dans le chapitre qui précède, établi les règles auxquelles sont soumises toutes les ventes, le législateur dans celui-ci présente les modifications qu'il a jugé convenable d'admettre, pour les ventes de choses incorporelles. (2)

157. J'emploie l'expression *choses incorporelles*, au lieu de celle de *droits incorporels*, dont le Code s'est servi dans l'intitulé de ce chapitre, dans l'ar-

---

(1) Cod. civ. art. 1141 et tom. XVI (Ier, de ma Continuation), n° 37.

(2) *Voy.* la définition des *choses incorporelles*. M. Toullier, tome III, n° 8. *Voy.* la distinction indiquée par M. Toullier, tome III, n° 3, entre le mot *choses* et le mot *biens*.

ticle 1607, et qu'on trouve dans les discours de M. Portalis et de M. Grenier (1); parce que les droits sont nécessairement incorporels, puisque notre raison seule peut en concevoir l'existence, qu'ils ne tombent pas sous nos sens : *tangi non possunt.* (2)

158. Les créances, droits et actions compris sous les mots, choses incorporelles, peuvent se diviser en plusieurs classes.

Selon l'objet auquel ils s'appliquent, ils sont meubles ou immeubles. (3)

Considérés dans leur origine et dans leurs effets, ils sont réels ou personnels.

Quelquefois ils embrassent une universalité d'objets, quelquefois ils tendent à procurer un objet unique ou certains objets déterminés.

Les uns sont incontestables, d'autres sont litigieux.

Ces nuances influent d'une manière plus ou moins grave sur le mode de transmission et sur ses effets. Ce chapitre du Code civil ne les a pas toutes prises en considération; il ne contient point un ensemble complet et systématique de règles sur la vente des choses incorporelles. J'ai essayé de les développer successivement et à mesure que l'occasion s'en présentait, dans le volume précédent et dans le commencement de celui-ci. Il me reste, pour compléter l'exposé de la légis-

(1) M. Locré, tome XIV, pages 184 et 255.
(2) Inst. lib. 2. cap. 2. § 2.
(3) Cod. civ. art. 526 et 529.

lation et de la doctrine sur cette matière, à parler 1° de la cession des créances, droits ou actions sur des tiers; 2° de la vente d'une universalité de droits, notamment de la vente d'une hérédité; 3° enfin de la cession de droits litigieux. Ainsi ce chapitre sera divisé en trois sections.

SECTION Ire.

De la cession des créances, droits ou actions sur des tiers.

SOMMAIRE.

159. *Division.*

159. Les dispositions comprises dans cette section ont pour but de déterminer les caractères distinctifs du transport-cession; d'indiquer le mode spécial de délivrance, et les conditions exigées pour qu'il opère transmission à l'égard des tiers; enfin de déterminer l'étendue de la garantie due par le cédant.

Elle doit par conséquent, se diviser en trois paragraphes : le premier contenant la définition du transport et expliquant son caractère et ses élémens; le second traitant de la délivrance, de la transmission à l'égard des tiers et des effets de la cession; et le troisième consacré à la garantie due par le cédant.

coup d'affinité, et qui quelquefois usurpent son nom, soit dans le langage habituel, soit dans les écrits des jurisconsultes (1), soit dans les dispositions légales elles-mêmes (2). Entre la dation en paiement, la subrogation, la délégation, l'indication de paiement et la cession, il y a une ligne de démarcation souvent difficile à saisir, et qu'il importe, par conséquent, de nettement tracer.

162. On emploie indifféremment les mots *transport* et *cession*, qui sont entièrement synonymes; on les unit même quelquefois pour désigner plus spécialement la vente de choses incorporelles. Ainsi, il n'y a point deux sortes de conventions différentes, correspondant aux deux expressions *cession* et *transport*.

« Le transport d'une dette, dit Renusson (3), est ce qu'on appelle proprement cession; on joint ordinairement les deux termes ensemble, et on dit vulgairemeut *cession-transport*, afin de la distinguer de la simple cession d'actions, que nous appelons subrogation... Les termes *céder*, *transporter*, *vendre*, sont mis indistinctement dans les contrats de vente et de cession comme synonymes; le cédant est vendeur, le cessionnaire est acheteur.

---

(1) « Nous trouvons, dit M. Toullier, dans nos livres de jurisprudence, les mots de *cession* et de *subrogation* indifféremment employés l'un pour l'autre; ce qui occasionne dans les idées, une confusion, qu'on ne peut éviter qu'avec une attention souvent fatigante. » Tome VII, pages 142 et 143.

(2) Cod. civ. art. 1303 et 1935.

(3) De la subrogation, chap. 2, n° 2.

La cession et le transport ont mêmes principes, mêmes règles et mêmes effets que la vente. » (1)

163. *La dation en paiement* est la convention par laquelle, au lieu de la chose due, le débiteur en donne une autre que le créancier consent à recevoir (2). Si la chose donnée en paiement est une créance ou un droit, comme par la cession, la propriété en est transmise; mais l'équivalent ne consiste point, comme dans la cession, en une somme d'argent; c'est l'extinction de l'obligation préexistante qui tient lieu de prix.

La dation en paiement produit ordinairement les mêmes effets que la cession; par la raison que la cession est une vente, et que la vente et la dation en paiement, quoiqu'elles soient deux contrats différens, ont à-peu-près les mêmes conséquences. Cela a été expliqué précédemment. (3)

164. Il y a plusieurs espèces de subrogations; toutes ont pour résultat la transmission, soit complète, soit partielle, des droits et des actions d'un ancien créancier à un nouveau; mais elles ont chacune leurs caractères particuliers, qu'il faut indiquer.

Cette tâche m'est facile, je n'ai qu'à offrir l'analyse de la savante dissertation de M. Toullier sur le § II, sect. I, chap. V. liv. III du Cod. civ., intitulé : *du paiement avec subrogation*. C'est un

---

(1) Sauf les règles spéciales contenues dans ce chapitre.

(2) *Voy.* Pothier, n° 601.

(3) Tome XVI (1er de ma Continuation), n.os 45 et suivans.

des plus remarquables passages de son Traité des obligations.

Voici ce qu'il nous enseigne (1). Dans le droit romain on connaissait quatre espèces de subrogations : la subrogation accordée par le créancier qui cédait ses droits; la subrogation ordonnée par le juge, dans le cas où la justice exigeait impérieusement que le tiers qui payait pour le débiteur fût subrogé aux droits du créancier; la subrogation légale, qui avait lieu de plein droit au profit de certaines personnes; et enfin la subrogation accordée par le débiteur, qui empruntait pour payer un créancier.

La première et la quatrième sont admises par le Code civil, sous le nom de *subrogation conventionnelle.*

La seconde n'est plus connue aujourd'hui.

La troisième subsiste toujours sous la dénomination, qui lui convient parfaitement, de *subrogation légale.*

165. La première espèce de subrogation conventionnelle, celle qui a lieu lorsque le créancier recevant son paiement d'une tierce personne la subroge dans ses droits, actions, privilèges ou hypothèques contre le débiteur, est une véritable cession et doit en produire tous les effets.

« Elle n'éteint pas (je copie M. Toullier) (2) les droits, les actions, les privilèges ou hypothèques

---

(1) *Voy.* Tome VII, n°s 97 et suiv., et notamment n°s 108 et suiv.
(2) Tome VII, n° 115.

du créancier; celui-ci les transfère au tiers qui le paie, moyennant la somme reçue en paiement, qui est le prix de la cession. Le cessionnaire peut les exercer dans son nom, de la même manière qu'eût pu le faire le créancier originaire. »

Mais deux conditions sont exigées pour que cette subrogation soit valable; il faut qu'elle soit faite en même temps que le paiement, et qu'elle soit expresse.

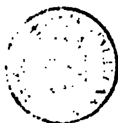
Le moindre intervalle entre le paiement et la subrogation enleverait à celle-ci ses effets; car les droits étant éteints par le paiement ne pourraient plus être transmis à celui qui aurait payé; il n'aurait plus que l'action *negotiorum gestorum*.

La subrogation doit être expresse, c'est-à-dire que la volonté de transmettre les droits doit être clairement manifestée; peu importe d'ailleurs l'expression qui est employée; il est indifférent que le créancier ait dit qu'il *vendait* ses droits ou qu'il *subrogeait*, parce que, dans la vérité, c'est la même chose. *Non refert*, dit Dumoulin, *creditorem vendere vel cedere sua jura: sed hæc pro eodem accipiuntur, et verè idem sunt, quia qui, accepto quod sibi debetur, cedit jus suum, verè illud justo et toto pretio vendit.* (1)

« Il n'y a donc pas, poursuit M. Toullier (2), de différence entre la cession et la subrogation consentie par le créancier; ou si l'on veut en trouver

---

(1) Dumoulin, *de usur.* quest. 49, n° 365.
(2) Tome VII, n° 126.



une, il faut dire qu'il existe entre elles la même différence qu'entre la cause et l'effet. La cession est la cause, la subrogation, l'effet. Le tiers qui paie n'est subrogé ou mis dans la place du créancier que par la cession des droits de ce dernier. C'est par elle que le subrogé lui succède et représente sa personne.

Cette doctrine de M. Toullier a rencontré de graves contradicteurs (1), mais il a réfuté leurs argumens avec la force de raison et la profondeur de savoir que tous les juriconsultes admirent. Je me borne à renvoyer à cette excellente discussion (2) et à poser la solution qu'elle fournit, comme un point désormais incontestable.

Ainsi, la subrogation consentie par le créancier au tiers qui le paie, doit être assimilée à la cession proprement dite, sous tous les rapports; même en ce qui touche l'obligation de garantie, comme on le verra ci-après dans le § III de cette section.

166. La deuxième espèce de subrogation conventionnelle est celle qui est consentie par le débiteur à celui qui lui prête la somme nécessaire pour payer le créancier. Elle a lieu par conséquent sans le concours de celui-ci; elle peut même s'opérer malgré lui. (3)

On voit qu'elle diffère essentiellement de la cession.

---

(1) *Voy.* Répertoire de jurisprudence, v° *Subrogation de personne*, sect. 2, § 1 et une consultation de M. Grappe, imprimée dans les questions de droit de M. Merlin, v° *Subrogation*, § 1.

(2) *Voy.* tome VII, page 143 et suiv.

(3) M. Toullier, tome VII, n° 128 et suiv.

La cession est un acte de la volonté du créancier.

La subrogation a lieu sans lui, même malgré lui.

La cession transmet l'ancienne créance.

La subrogation l'éteint par le paiement.

Le prêteur des fonds n'acquiert que les privilèges et les hypothèques attachés à la créance originaire. Il n'a pas le droit qu'avait le créancier; il a seulement, dit Dumoulin, un droit semblable et également fort : *jus simile et æquipôtens.* (1)

Sans doute, il est contraire à la rigueur des principes que, la première créance étant éteinte, les privilèges et hypothèques, qui en étaient l'accessoire, lui survivent et puissent être transmis à un nouveau créancier; mais des considérations puissantes ont fait fléchir la sévérité des règles : elles ont été lumineusement présentées par M. Toullier. (2)

Je dois me borner ici à montrer la distance qui sépare la cession de la subrogation consentie par le débiteur; la différence des effets sera indiquée dans les deux paragraphes suivans.

167. La subrogation légale, comme celle dont je viens de parler, s'opère sans le concours du créancier, et peut même avoir lieu malgré lui. A toutes les époques, il parut juste que celui qui paie une dette qui n'est pas la sienne, à la vérité, mais qu'il avait néanmoins un grand intérêt de payer pour un autre, ou même qu'il pouvait être

---

(1) *De usuris*, n° 276, M. Toullier, tome VII, n° 109 et suiv., et 134, in fine.

(2) Tome VII, n° 109, 110, 111, 112, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137.

170. En résumé, la délégation parfaite est une dation en paiement, puisque la créance déléguée est reçue en paiement d'une autre créance; et par conséquent elle a, sauf ce qui a été dit ci-dessus (1), les caractères d'une cession, avec cet avantage que le débiteur cédé accepte la cession par l'acte même. (2)

171. La délégation imparfaite n'éteint point la première créance, mais elle transmet la seconde

---

« Pour qu'une délégation soit valable, dit Ferrière, Dictionnaire de pratique v° *Délégation*, il faut que trois personnes y donnent leur consentement; savoir, le débiteur qui délègue, son débiteur qui est délégué, et le créancier du débiteur qui délègue.» *Voy.* aussi sur l'art. 108 de la coutume de Paris.

Renusson, en indiquant la différence qui distingue la cession de la délégation, dit que la cession se fait par le créancier, *etiam invito debitore;* tandis que la délégation ne peut se faire que *du consentement du débiteur*. Traité de la subrogation, chap. 2, n° 12.

Bourjon professe la même doctrine, liv. 6. tit. 7. chap. 2. n° 1.

On ne doit pas prendre à la lettre, ce que dit M. Toullier, tome VII, n° 284 et 285, que la délégation peut être faite entre le créancier et le débiteur délégant, sans le concours du débiteur délégué; ou entre le débiteur délégant et le débiteur délégué, sans le concours du créancier délégataire.

Ces deux cas présentent l'espèce de délégation que Pothier appelle *simple délégation* ou *indication*, qu'il avertit de ne pas confondre avec la délégation qui est novation, et qui se fait, dit-il, lorsque pour me libérer de ce que je vous dois, je vous délègue mon débiteur, qui, pour se libérer de ce qu'il me doit, s'oblige envers vous. Par cette espèce de délégation, la dette que le délégant devait à celui à qui il fait la délégation, et celle que le débiteur délégué devait au délégant, sont entièrement éteintes, et il s'en contracte à la place une nouvelle de la part du débiteur délégué, envers celui à qui la délégation est faite. Il est évident que cette délégation est toute différente de la délégation *de simple indication*, etc. Traité de la vente, n° 552.

(1) Suprà, n° 163.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 19 juin 1817; Sirey, 19. 1. 35.

au délégataire; c'est une véritable cession qui lui est faite, avec la réserve de ses droits contre le délégant, dans le cas où la créance déléguée ne serait pas payée. (1)

Ces bases suffisent pour faire pressentir en quoi les conséquences de la cession et celles de la délégation doivent différer. Les développemens sur ce point trouveront leur place dans les deux derniers paragraphes de cette section.

172. L'indication de paiement a lieu, lorsque le créancier dit : un tel recevra à ma place; ou lorsque le débiteur dit : un tel paiera pour moi. Il est évident qu'il n'y a de changement que dans le lieu ou dans le mode du paiement; qu'aucun droit n'est éteint ou transmis. On ne peut par conséquent confondre l'indication de paiement avec la cession, la subrogation ou la délégation.

173. Lorsqu'un créancier stipule que son débiteur paiera à sa décharge entre les mains d'un tiers; tant que celui-ci n'a pas accepté, il n'y a point de contrat, comme je l'ai dit précédemment (2); c'est une simple indication de paiement (3). Elle se convertit en *délégation imparfaite*, lorsque le tiers accepte, sans toutefois décharger le délégant; si, en acceptant, il consentait à tenir le délégant quitte de son obligation, la délégation serait *parfaite;* et tout ce qui a été déjà exposé sur

---

(1) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 30 mai 1816; Sirey, 17. 2. 229.

(2) *Voy.* n° 169.

(3) Renusson, de la *Subrogation*, chap. 2, n° 11. Répertoire de jurisprudence, v° *Délégation*, in fine.

cle 560, *Cod. proc. pour les saisies-arrêts, lorsque le débiteur cédé ne demeure pas en France sur le continent.*

187. *Entre deux significations faites le même jour, avec indication de l'heure, la préférence est due à la première.*

188. *La preuve testimoniale n'est pas admissible pour établir la priorité.*

189. *Que doit-on entendre par l'expression* tiers ?

190. *Suite.*

191. *Il n'y a point de distinction à faire entre les tiers, dont les droits sont antérieurs et ceux dont les droits sont postérieurs au transport.*

192. *Résumé.*

193. *Conséquences qui dérivent de ce que la signification seule saisit le cessionnaire, à l'égard des tiers.*

194. *Avant la signification, le débiteur cédé qui paie le cédant est libéré.*

195. *Il ne peut pas se refuser au paiement, sous prétexte qu'il y a eu cession.*

196. *Entre deux cessionnaires, la préférence est due à celui qui le premier a signifié.*

197. *Avant la signification, point de compensation entre le cessionnaire et le débiteur cédé. La compensation peut avoir lieu entre le débiteur cédé et le cédant.*

198. *ssionnaire est non recevable à former tierce opposition au jugement antérieur à la signification.*

199. *Les saisies-arrêts pratiquées avant la signification ont leur effet.*

200. *Le cessionnaire a droit à venir par contribution avec les saisissans antérieurs.*

201. *La cession conserve son caractère et ses effets, relativement aux saisies postérieures à la signification; encore qu'il y eût des saisies antérieures.*

202. *Comment, dans ce cas, se combinent les droits des saisissans antérieurs, du cessionnaire, et des saisissans postérieurs.*

175. Entre les parties, la cession est parfaite par le seul consentement; la propriété est acquise de

droit à l'acheteur, à l'égard du vendeur; dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé. La disposition de l'art. 1583 s'applique à la cession comme à toute autre vente.

176. Quoique dans les ventes la délivrance ne soit plus, comme sous l'ancien droit, nécessaire pour transférer la propriété; elle produit encore, soit entre les parties, soit relativement aux tiers, des effets importans.

Elle donne à l'acheteur les moyens d'exercer librement et complètement les droits qui lui sont transmis; elle avertit les tiers de la transmission qui s'est opérée et les garantit des fraudes qu'on pourrait pratiquer, en vendant successivement à plusieurs la même chose.

On a vu que lorsqu'il s'agit de ventes d'immeubles corporels, le principe de la transmission de la propriété, indépendamment de toute tradition, est absolu et s'applique même aux tiers (1); qu'au contraire, dans les ventes de meubles corporels, la propriété n'est transmise, relativement aux tiers, que par la tradition. (Cod. civ. art. 1141.) (2)

177. S'il est question de la vente de droits, de créances, ou d'autres choses incorporelles; la délivrance, son mode et ses effets se modifient, du moins dans certains cas.

En effet, lorsque le droit vendu, démembre-

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 21 et suiv.

(2) *Ibid.* nos 37, 246; M. Toullier, tome IV, n° 61, tome VII, nos 35 et suiv.

ment de la propriété qui réside sur la tête du vendeur, ne peut s'exercer que contre lui; que ce droit soit mobilier ou immobilier, les règles générales conservent leur autorité.

Ainsi, la servitude ou l'usufruit concédé par le propriétaire d'un immeuble est acquis à l'acquéreur, sans tradition; tandis qu'entre plusieurs acquéreurs successifs d'un droit d'usufruit cédé par le propriétaire d'un meuble, la préférence serait due à celui qui aurait été mis en possession.

178. Lorsque, au contraire, l'objet de la cession est un droit, une créance, une action contre un tiers, il n'y a plus de distinction entre ce qui est mobilier et ce qui est immobilier, entre les droits réels et les droits personnels; pour tous la tradition est nécessaire, relativement aux tiers. (1)

Voyons comment elle a lieu.

La délivrance, dit l'article 1689, s'opère entre le cédant et le cessionnaire, par la remise du titre; c'est la répétition de l'art. 1607. Mais l'art. 1690 ajoute que le cessionnaire n'est saisi, à l'égard des tiers, que par la signification du transport faite au débiteur, ou par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique.

179. De ces textes, il résulte clairement que la remise des titres n'est pas un avertissement suffisant pour les tiers; qu'il faut qu'elle soit suivie d'une signification au débiteur, ou d'une acceptation par le débiteur dans un acte authentique (2); mais faut-il aussi que la signification ait

---

(1) M. Troplong, n° 909.

été précédée de la remise des titres. On peut dire que, pour qu'il y ait tradition à l'égard des tiers, il est indispensable qu'il y ait d'abord délivrance entre les parties; que tant que celle-ci n'est pas accomplie, celle-là ne peut pas l'être; que le vendeur, ayant conservé ses titres, a pu facilement induire en erreur les tiers de bonne foi ignorant le transport et la signification; que le premier cessionnaire qui n'a pas exigé la remise des titres, comme il en avait le droit, doit supporter les conséquences de sa négligence. Ces raisons ont quelque chose de spécieux. Cependant la loi n'ayant exigé, pour que la cession produise son effet, à l'égard des tiers, que la formalité de la signification; et cette formalité, comme je vais l'expliquer, étant suffisante pour la protection de tous les droits, les tiers ne peuvent argumenter du défaut de délivrance entre les parties. (1)

180. La signification du transport était aussi le moyen qui opérait la transmission, à l'égard des tiers, dans l'ancienne jurisprudence.

« Un simple transport ne saisit point, disait l'article 108 de la Coutume de Paris, et faut signifier le transport à la partie, et en bailler copie auparavant que d'exécuter. » (2)

---

(1) Arrêt de la Cour de Bruxelles du 20 janvier 1808; Sirey, 7. 2. 1253; arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 août 1831; Sirey, 32. 2. 75; Dalloz, 31. 2. 263; arrêt de la Cour de Paris du 3 janvier 1831; Sirey. 32. 2. 394.

(2) Coquille sur Nivernais, tit. 32. art. 1; mais voyez coutumes de Melun, art. 211; de Blois, art. 263; Répertoire de jurisprudence v° *Transport*.

« Le sens de cet article, suivant l'explication de Ferrière, est que celui auquel est fait le transport de quelque dette ou de quelques droits, n'en est pas présumé le maître que le transport n'ait été signifié au débiteur. »

Sans doute ce mode de livraison ne donne pas au transport une publicité si grande, que quelques fraudes ne puissent encore se pratiquer; mais c'est la meilleure et la plus sage mesure qu'on pût prescrire : elle est bien plus efficace que ne le serait l'obligation de faire tous les transports par acte authentique. L'authenticité rend la date certaine, et empêche par conséquent le propriétaire d'une créance ou d'un droit quelconque d'antidater frauduleusement les actes de cession; mais tout authentiques qu'ils sont, ces actes restent inconnus; ils peuvent même être ignorés de celui contre lequel est cédé le droit. En exigeant la signification à celui-ci, ou son acceptation par acte authentique, il est évident que l'on subordonne l'efficacité de la transmission à la connaissance qui en est donnée au débiteur cédé, et cette connaissance par lui acquise a les plus heureux résultats pour les tiers. En effet, d'une part, celui à qui l'on propose d'acheter une créance a un moyen assuré de savoir si déjà une transmission antérieure n'a pas dépouillé le vendeur, il n'a qu'à s'adresser au débiteur et à lui demander s'il n'a pas reçu la signification d'un précédent transport, ou s'il ne l'a point revêtu de son acceptation. Sur sa réponse négative, on peut acheter avec certitude. D'un autre côté, le débiteur cédé pourrait de bonne foi

payer son ancien créancier, dans l'ignorance du transport qui aurait été fait; avec la signification ou l'acceptation, cela n'est pas possible.

181. Enfin, il convenait de laisser aux parties le choix entre la forme authentique et la forme privée. L'intervention des officiers ministériels dans les affaires de ce genre peut être quelquefois nuisible, à raison des frais qu'elle entraîne et des retards qu'elle cause. Le cessionnaire est maître, d'ailleurs, quand cela lui paraît nécessaire, de donner à l'acte sous seing privé date certaine par la signification au débiteur et l'enregistrement qui nécessairement la précède. Il eût été singulier que, lorsque la vente des immeubles les plus importans peut être faite par acte sous signature privée (1), la vente des créances eût été assujétie à la forme authentique. C'est par des considérations toutes particulières que la loi du 14-25 mai 1791, tit. 2, art. 15, a exigé un acte notarié pour la cession des brevets d'invention.

182. La signification doit être faite à personne ou à domicile, dans la forme ordinaire des exploits.

183. L'article 108 de la Coutume de Paris voulait qu'il fût *baillé copie du transport*. Le Code civil, par cela seul qu'il ne reproduit pas cette disposition, dispense de l'exécuter; et pourvu que l'exploit indique la transmission du droit qui s'est opérée, le vœu de la loi se trouve rempli. Il faut dire aussi que le but qu'on devait se proposer est

---

(1) Art. 1582.

atteint; car ce ne sont pas toutes les clauses de l'acte de cession qu'il importe de faire connaître aux tiers, c'est son existence. (1)

184. Le cédant et le cessionnaire ont également intérêt, quoique cet intérêt soit différent, à ce que la transmission soit certaine même à l'égard des tiers; en conséquence, la signification peut être faite à la requête de l'un ou de l'autre: l'art. 1691 le suppose évidemment.

185. Si la signification est nulle en la forme, elle reste sans effet à l'égard des tiers (2). Pour apprécier sa régularité, on doit consulter les dispositions générales sur les formalités à observer dans les exploits.

186. Un arrêt de la Cour royale de Paris (3) a même décidé qu'il ne suffisait pas, dans le cas où le débiteur cédé ne résidait pas en France sur le continent, que le transport fût signifié au parquet du procureur du roi, conformément à l'art. 69, n° 9, du Code de procédure; qu'il fallait, par application de l'art. 560 du même Code, placé au titre des *Saisies-arrêts*, que la signification fût faite à personne ou à domicile. Cette décision est fondée sur ce que, de l'article 1690 il résulte que le cessionnaire ne peut être considéré comme régulièrement saisi, à

---

(1) Arrêts de la Cour d'Orléans, du 26 février 1813; Dalloz. v° *Vente*, p. 915; cela se déduit aussi d'un arrêt de la Cour de Toulouse du 11 janvier 1831; Sirey, 31. 2. 217; Dalloz, 31. 2. 217.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 3 prairial an IX; Dalloz, v° *Vente*, note 1; Sirey, 1. 1. 444.

(3) Du 28 février 1825; Sirey, 26. 2. 73; Dalloz, 26. 2. 60.

l'égard des tiers, qu'autant que le transport de la créance a été personnellement connu du débiteur, par la signification; que le motif qui a déterminé à exiger, dans l'art. 560, une signification à personne ou à domicile, a été d'empêcher le paiement que pourrait faire de bonne foi le débiteur à son créancier, dans l'ignorance d'un exploit remis au parquet; que ce motif est le même que celui qui sert de fondement à la disposition qui ordonne la signification du transport; que, par conséquent, il y a lieu d'appliquer à la signification du transport la règle établie pour la signification de la saisie-arrêt.

En adoptant cette doctrine, il me paraîtrait convenable de ne pas étendre trop loin les effets de l'assimilation. L'art. 560 ne dispose que dans l'intérêt du tiers saisi, afin de le garantir des conséquences fâcheuses que pourrait avoir un paiement fait par lui postérieurement à la saisie, et dans l'ignorance de la signification au parquet du procureur du roi. Par la même raison, le débiteur cédé seul pourrait arguer de nullité une signification au parquet, ignorée de lui au moment où il aurait payé son créancier originaire, et en supposant qu'on voulût l'obliger à payer une seconde fois; mais si la signification lui est parvenue et s'il n'a point payé, s'il est désintéressé dans la question, on ne comprendrait pas que des tiers vinssent critiquer la forme de la signification. Qu'on songe bien que l'article 560 n'est point fait pour les significations de cessions; que c'est par identité de raison qu'on l'applique à une matière

à laquelle il est étranger; qu'en conséquence, il faut que l'identité soit parfaite.

187. Si deux significations sont faites le même jour, avec indication que l'une a été faite *avant midi*, et l'autre *après midi;* le cessionnaire, dont l'exploit a été signifié le premier, est saisi de préférence à l'autre. (1)

188. Si l'heure n'est pas indiquée, les différens cessionnaires viendront par contribution; car je ne pense pas qu'on puisse demander à prouver par des témoignages l'antériorité d'une signification sur l'autre. Il est vrai qu'un arrêt de la Cour de cassation a autorisé une preuve semblable, dans un cas où il y avait intérêt à établir lequel de deux actes signifiés le même jour, l'avait été le premier (2); mais, dans l'espèce de cet arrêt, il fallait absolument prendre parti. Les deux actes signifiés étaient, l'un, une demande en péremption d'instance, l'autre, un acte relatif à l'instance même. Point de terme moyen entre admettre ou rejeter la demande en péremption; par conséquent, obligation absolue de décider si la demande en péremption avait précédé ou suivi l'acte signifié dans l'instance, le même jour. Entre deux cessionnaires signifiant leurs transports le même jour, on n'est pas dans la nécessité absolue d'accorder la préférence, on peut les admettre à contribution. (3)

---

(1) Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 30 janvier 1808; Sirey, 7. 2. 1253; M. Troplong, n° 903.

(2) Arrêt du 15 juillet 1818; Sirey, 19. 1. 25.

(3) L'article 2147 du Code civil refuse toute antériorité entre

189. Les dispositions qui exigent la signification du transport au débiteur cédé, ou son acceptation par acte authentique, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard *des tiers*, ne disent point quelles sont les personnes comprises sous cette dénomination. On a sans doute supposé qu'elle était assez significative par elle-même et qu'elle serait entendue par tout le monde de la même manière. Les jurisconsultes savent cependant que le sens de cette expression a présenté les doutes les plus graves, dans l'application des articles 1322 et 1328; ils n'ont pas oublié la célèbre controverse élevée entre M. Toullier et MM. Merlin, Ducaurroy et Duranton, sur la véritable signification du mot *tiers* opposé au mot *ayant-cause* (1). Ils sentent combien il est difficile de donner une explication nette, juste et générale de cette locution; il faut même peut être dire que le législateur dans les différens textes, où il l'a placée, n'a pas entendu lui donner le même sens: on doit donc s'attacher à montrer non quelle est son acception absolue, mais seulement quelle est sa valeur relative.

190. D'abord, il semble que la qualification de tiers convienne et s'applique à toute personne,

---

créanciers hypothécaires inscrits le même jour, malgré l'indication de l'heure. Dans l'ancien droit, le créancier dont le titre énonçait qu'il avait été fait *avant midi*, primait celui dont l'acte portait qu'il était fait *après midi*; mais entre les actes également faits *avant midi*, ou *après midi*, l'indication de l'heure ne donnait pas un droit de préférence.

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n°s 34, 35 et 36.

autre que les parties contractantes; toutefois, il est évident que les représentans à titre universel de l'une et de l'autre ne sont pas des tiers, et que la cession parfaite, sans signification, entre le cédant et le cessionnaire, est également parfaite entre leurs héritiers, ou successeurs universels.

Les représentans à titre particulier ou ayant-cause du cédant, et ses créanciers sont-ils des tiers, relativement au cessionnaire? Cela est hors de doute; tous les auteurs reconnaissent que le défaut de signification pourrait être opposé au cessionnaire, soit par un cessionnaire postérieur qui est un ayant-cause du cédant, soit par les créanciers du cédant, qui auraient saisi la créance cédée. (1)

Le débiteur cédé lui-même est un tiers; car il est formellement autorisé par l'art. 1691, à se prévaloir du défaut de signification. (2)

191. L'époque à laquelle ont pris naissance les droits des ayant-cause du cédant, de ses créanciers ou de tous autres intéressés à contester une cession, n'a aucune influence sur l'application qu'on peut leur faire de la dénomination de tiers. Il est indifférent que ces droits soient antérieurs ou postérieurs au transport; parce que rien dans le texte de la loi, n'établit de distinction sous

---

(1) Arrêt du 28 septembre 1592. Charondas, Tronçon, Ricard, Brodeau, sur l'art. 108 de la coutume de Paris; Ferrière, *ibid.*; Rousseaud de Lacombe, v° *Transport;* Pothier, *de la Vente*, n° 556 et suiv.

(2) L'art. 1689 le comprend aussi sous cette dénomination. *Voy.* Ricard, des Donations, part. 1, n° 665; Rousseaud de Lacombe, loc. cit.; Pothier, loc. cit.

ce rapport, et qu'on n'aperçoit aucune raison qui la justifie. La Cour de cassation a cependant, dans les motifs d'un de ces arrêts (1), dit que « ceux-là seuls peuvent invoquer l'art. 1690 du Code civil qui ont acquis des droits entre le transport et la signification qui en est faite au débiteur. » Cette assertion, ainsi jetée dans un arrêt dont elle n'est pas d'ailleurs le motif déterminant, ne commande point le respect dû aux décisions de la Cour suprême; et c'est avec raison que M. Troplong la repousse comme contraire à toutes les idées reçues sur la matière. Cet auteur ajoute que puisque le débiteur cédé, dont les rapports avec le cédant ont nécessairement précédé la cession, est lui-même un tiers; il est bien impossible d'admettre la classification introduite par la Cour de cassation (2). Je ne trouve pas cette raison satisfaisante. La position du débiteur cédé est précisément l'inverse de celle des créanciers du cédant ou de tous ceux qui prétendent avoir quelques droits sur la créance cédée; par conséquent, il n'y a rien à conclure de ce qui est vrai à son égard, pour ou contre les autres.

Au surplus, à l'autorité de la Cour de cassation, on peut opposer sa propre jurisprudence. Dans une autre espèce sur laquelle elle a été appelée à prononcer, bien loin de croire que les tiers sont ceux-là seuls dont les droits ont pris naissance depuis le transport; on soutenait que les créan-

(1) Arrêt du 22 juillet 1828, Dalloz, 28. 1. 344.

(2) N° 896.

ciers du cédant postérieurs à la cession ne pouvaient être considérés comme des tiers. La Cour rejeta ce système, parce que la vérité n'est ni dans l'une, ni dans l'autre extrémité; et elle décida (je transcris les considérans de son arrêt), « que le mot *tiers* employé dans l'article 1690, *d'une manière générale, absolue et illimitée,* comprend les créanciers *postérieurs* au transport, comme ceux qui lui sont *antérieurs.* » (1)

192. Je n'ai point tenté, on le voit, de donner une définition *à priori* du mot *tiers;* j'ai suivi une marche moins ambitieuse et plus sûre. J'ai examiné envers quelles personnes le texte de la loi ou une doctrine constante établissait la nécessité de la signification, et, appréciant le caractère de leurs droits et la spécialité de leur position, je suis arrivé à une formule générale extraite de plusieurs solutions particulières. Je crois donc que l'on peut poser en principe que la qualification de tiers, dans le sens de l'art. 1690, embrasse les ayant-cause du cédant, c'est-à-dire tous ceux qui ont acquis un droit à titre particulier sur la chose cédée, les créanciers du cédant, antérieurs ou postérieurs au transport (2), le débiteur cédé lui-même, et tous autres dont les droits sont modi-

(1) Arrêt du 2 mars 1814; Sirey, 14. 1. 198; Dalloz, v° *Vente*, p. 916.

(2) M. Toullier a établi la distinction entre les *ayant-cause* et les *créanciers.* L'ayant-cause, dit-il, est celui à qui les droits d'une personne ont été transmis à titre particulier, tome VIII, n° 245 : il ajoute : un créancier saisissant n'est point l'ayant-cause de son débiteur relativement aux biens saisis. Sa créance ne lui donne qu'un droit sur la personne de ce dernier : il ne tient que de la loi celui

fiés par le fait de la cession, en exceptant toutefois les successeurs universels du cédant.

193. Ce qui précède explique ce qu'on doit entendre par tiers et détermine quels sont, par rapport à eux, les effets de la signification. On a vu que, seule, elle dépouille le cédant et saisit le cessionnaire; qu'avant qu'elle soit faite, le cédant n'a pas cessé d'être propriétaire, et le cessionnaire ne l'est pas encore devenu.

Les conséquences qui résultent de ce principe sont nombreuses et importantes.

---

qu'il exerce sur ses biens, tome VIII, n° 252. Enfin, il explique sa pensée par des exemples pris précisément de la cession de droits et créances. Caius, dit-il, créancier légitime de Titius, forme entre mes mains une saisie-arrêt sur le capital et sur les arrérages d'une rente que je dois à ce dernier. Il me suffira, pour faire tomber la saisie, de représenter une quittance sous seing privé, tant du capital que des arrérages, ne fût-elle antérieure que de peu de jours à la saisie. Caius, créancier saisissant, ne pourra la critiquer avec succès, qu'en prouvant la fraude; car en saisissant ce que je dois à son débiteur, il exerce les droits de ce dernier, il est à mon égard son ayant-cause, et par conséquent, la quittance sous seing privé a contre lui la même foi que contre son débiteur (Art. 1322). Supposons, au contraire, que je suis encore débiteur de la rente et des arrérages saisis: mais Seius intervient, et présente un acte sous seing privé en bonne forme, par lequel Titius, quelques mois avant la saisie, lui a transporté le capital et les arrérages de la rente que je lui dois. Il ajoute que Titius lui a fait remise du titre de constitution de rente, et qu'ainsi tout est consommé. Caius saisissant, répond que, suivant l'art. 1689, ce n'est qu'entre *le cédant et le cessionaire*, et non à l'égard d'un tiers, que la délivrance est opérée par la remise du titre; que lui, Caius, n'est à l'égard de Seius, qu'un tiers exerçant un droit qui lui est propre sur les biens de son débiteur, un droit qu'il ne tient point de ce dernier, mais de la loi. Il n'est donc point en cela l'ayant-cause de son débiteur; il n'est qu'un tiers contre lequel l'acte sous seing privé n'a de date assurée que dans les cas de l'art. 1328 et autres semblables. » Tome VIII, n°s 249 et 250.

194. Le débiteur qui paie le cédant, avant la signification, est valablement libéré. (Art. 1691.)

195. Il ne pourrait même pas se refuser au paiement réclamé par le cédant, en se fondant sur une cession que ce dernier aurait faite, mais qui ne serait point signifiée. (1)

196. Entre des cessionnaires successifs, la préférence se détermine par la date des significations [illegible] non par la date des transports. (2)

197. Avant la signification, aucune compensa- t[illegible] ne s'opère entre le cessionnaire et le débiteur cé[illegible] (3); et, au contraire, elle peut avoir lieu entre le[illegible]biteur cédé et le cédant.

[illegible]. Le cessionnaire est non recevable à former tie[illegible]opposition au jugement rendu contre le cé- da[illegible]vant la signification (4); par la raison qu'un ac[illegible]reur ne pourrait attaquer par cette voie un ju[illegible]ent rendu contre son vendeur, avant la ve[illegible] (5)

[illegible] La saisie pratiquée par le créancier du cé- da[illegible] avant la signification, a le même effet que

---

[illegible] Arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1827; Sirey, 28. [illegible] Dalloz, 28. 1, 46.

[illegible] Pothier, n° 558; Bourjon, liv. 6, tit. 7, ch. 2, n° 3 et 13; Ferrière, [illegible] art. 108 de la coutume de Paris. *V.* infrà, n° 208, une exception [illegible]tte règle.

(3) Arrêt de la Cour de Paris, du 28 février 1825; Sirey, 26. 2. 73; Dalloz, 26. 2. 60. *Voy.* une exception, infrà, n° 209.

(4) Carré, Lois de la procédure, tome II, n° 1710; arrêt de la Cour de cassation, du 16 juillet 1816; Sirey, 17. 1. 25; Dalloz, v° *Tierce-opposition*, p. 656.

(5) *Voy.* tome XVI (I[er] de ma continuation), n° 466 en note.

si elle eût précédé le transport. En conséquence, les créanciers saisissans ont le droit de se faire attribuer les sommes par eux saisies-arrêtées.

Toutefois ce droit n'est pas absolument exclusif de celui du cessionnaire. Le titre de celui-ci est paralysé, il est vrai, comme cession, parce que sa signification a été précédée des saisies-arrêts; mais la somme qu'il a payée, pour prix du transport, le constitue créancier du cédant; et, en cette qualité, il peut, comme tout autre créancier, saisir la créance qui lui avait été cédée. Pour cela, il n'est pas besoin d'autre acte que de la signification même du transport. Elle vaut saisie, suivant l'expression consacrée; et l'on conçoit, en effet, que cette signification faite par le cessionnaire, avec la pensée et dans le but de se créer un titre exclusif à la propriété de la chose cédée, doit au moins lui servir à se placer en concurrence avec les autres créanciers. (1)

Si la cession tardivement signifiée ne vaut qu'opposition relativement aux créanciers dont les diligences l'ont précédée, elle conserve son caractère et les effets de cession, relativement aux créanciers du cédant, qui, postérieurement à la signification, feraient des saisies-arrêts. (2)

Ceux-ci prétendraient inutilement que, les saisies-

(1) M. Toullier, tome VII, n° 285; Bourjon, liv. 6, tit. 7, chap. 2, n° 9; Pigeau, tome II, page 63.

(2) Ferrière, sur l'art. 108 de la coutume de Paris.

arrêts antérieurs à la signification ayant mis la somme saisie sous la main de la justice, toute aliénation a été impossible; qu'ainsi, nonobstant la cession, les deniers arrêtés sont encore la propriété du débiteur commun, et que jusqu'à la distribution tout créancier peut y prendre part.

Il est vrai que la somme saisie-arrêtée est placée sous la main de la justice; il est vrai que tant qu'elle se trouve dans cette position, tout créancier a droit de demander qu'elle serve à le payer, comme tous les autres biens du débiteur commun; mais il faut, pour cela, qu'avant la manifestation de cette prétention par le nouveau créancier, il ne soit pas survenu d'événement qui empêche de l'accueillir. Si, par exemple, nonobstant les premières saisies-arrêts, le tiers saisi a payé entre les mains du saisi, ce paiement ne portera aucune atteinte aux droits des premiers saisissans; mais il sera un obstacle à ce que de nouvelles saisies soient efficacement pratiquées. L'art. 1242 du Code civil déclare que le paiement fait par le débiteur à son créancier, au préjudice d'une saisie ou d'une opposition, n'est pas valable à l'égard des créanciers saisissans ou opposans; il ne dit point qu'il soit également nul à l'égard des créanciers qui feraient ultérieurement des saisies ou oppositions nouvelles. L'art. 1298 applique à la compensation le principe posé pour le paiement par l'art. 1242 : la compensation, y est-il dit, n'a pas lieu au préjudice des droits acquis à un tiers; ainsi celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains,

ne peut au préjudice du saisissant, opposer la compensation. Ici, encore, c'est le saisissant antérieur qui seul est protégé; la même faveur n'est point accordée au saisissant postérieur. Or, pourquoi la compensation et le paiement seraient-ils opposables aux créanciers dont ils auraient précédé les saisies et pourquoi la cession ne le serait-elle pas?

Le Code de procédure contient une disposition qui confirme les inductions tirées du Code civil; on y voit percer l'intention de limiter les effets des saisies-arrêts à l'intérêt des saisissans. L'art. 559 exige, à peine de nullité, que toute saisie-arrêt énonce *la somme pour laquelle elle est faite.* L'ordonnance de 1667 n'imposait point cette obligation (1); c'est une innovation, dont il est facile de saisir la portée. « Le débiteur, disait M. Favard de Langlade au nom du tribunat, ne verra saisir ses effets que *jusqu'à concurrence de sa dette présumée; par ce moyen tous les intérêts seront conservés.* » (2)

Sans doute la priorité d'une saisie n'attribue point un droit de préférence; et il est incontestable que, s'il n'était survenu aucun fait extraordinaire, le dernier saisissant viendrait à contribution avec le premier. On pourrait donc s'étonner que, lorsque le paiement, la compensation ou la cession s'est interposé entre plusieurs saisies, il y ait une affectation spéciale à celles qui ont précédé la cession, la compensation ou le paiement

(1) *Voy.* tit. 33, art. 1er et suiv.

(2) M. Locré, tome XXII, page 619, in fine.

des deniers arrêtés. Ce résultat n'a cependant rien que de conforme aux principes. Celui qui forme une saisie-arrêt n'agit que dans son intérêt; c'est pour lui et pour lui seul qu'il a cherché des moyens de paiement; c'est à lui seul que la loi doit protection. Cependant, comme l'acte qu'il a fait n'a pu lui attribuer sur-le-champ la propriété des choses saisies, et qu'il n'a eu d'autre conséquence que de mettre sous la main de la justice des valeurs appartenant à son débiteur; il est évident que, si d'autres créanciers se présentent, il faudra faire entre tous un partage proportionnel de la chose saisie. Mais si par des actes ou des évènemens, tels que le paiement, la compensation, le transport, tout ce qui excédait les causes de la première saisie a cessé d'appartenir au débiteur commun; on doit reconnaître que le premier saisissant a un droit exclusif sur ce qui reste dans les mains du tiers saisi. En dehors de ce système, on est placé dans une alternative, dont les deux termes sont également inadmissibles. On devrait dire qu'après une saisie-arrêt, ce qui excède les causes de la saisie ne peut plus être payé, compensé ou cédé; proposition que condamne le bon sens et que repousse le texte des articles 1242 et 1298 du Cod. civ.; ou bien on serait forcé de soutenir que le premier saisissant qui avait arrêté des sommes considérables, par exemple 20,000 francs pour sûreté d'une créance de 1,000 francs, verrait son gage réduit à la somme exactement nécessaire pour le payer, par l'effet du transport postérieur,

et serait contraint ensuite à subir la contribution, sur le gage ainsi amoindri, avec tous les saisissans nouveaux : ce qui est évidemment absurde, puisque de cette manière le premier saisissant serait lésé par l'effet du transport, du paiement ou de la compensation postérieurs à sa saisie.

Tous les auteurs s'accordent à considérer la cession comme produisant son effet, relativement aux créanciers saisissans postérieurs à la signification (1). La jurisprudence, au contraire, a long temps été favorable à la doctrine, que la signification ne vaut que comme opposition, lorsqu'il existe déjà des saisies-arrêts, tant à l'égard des créanciers dont les saisies ont précédé la signification qu'à l'égard de ceux dont les saisies l'ont suivie (2).

Récemment un arrêt de la Cour de Pau, confirmé par la Cour de cassation, a décidé « que l'article 1242 du Code civil ne défend de se dénantir qu'au préjudice des créanciers saisissans ou opposans ; ce qui exclut l'idée qu'on ne puisse se dénantir au préjudice des autres créanciers inconnus et négligens à l'époque du transport ; qui devient la propriété du cessionnaire, à l'égard des tiers, par la notification qu'il en a faite au débiteur ou par l'acceptation authentique de ce dernier. » (3)

(1) Bourjon, liv. 6, tit. 8, chap. 1, n° 15; M. Pigeau, tome III, pag. 61; M. Delvincourt, tome III, notes, page 169; M. Duranton, t. XVI, n° 501; M. Troplong, n° 927.

(2) Arrêts de la Cour de Paris des 14 janvier 1814 et du 20 mars 1826; Sirey, 14. 2. 95 et 27. 2. 47; Dalloz, v° *Vente*, pag. 916. Palais, tome 63. p. 24.

(3) Arrêt du 26 février 1834, Sirey, 35. 1. 222; Dalloz, 34. 1. 177.

202. La Cour de Pau, après avoir ainsi déclaré la validité du transport, relativement aux créanciers postérieurs à la signification, a eu à régler le sort des créanciers antérieurs. Elle aurait dû leur attribuer les sommes nécessaires pour éteindre leurs créances, et les leur attribuer exclusivement; elle n'a pas cru devoir suivre cette marche, la seule, à mon avis, qui soit logique et légale. Voici ce qu'elle a fait. Le transport, a-t-elle dit, ne comprend que l'excédant de ce qui est dû aux premiers saisissans; mais les premiers saisissans ne peuvent avoir un droit exclusif sur les sommes représentant ce qui leur est dû; car elles restent placées sous la main de la justice; par conséquent les saisissans postérieurs à la signification du transport ont le droit de se faire payer par contribution sur ces sommes, avec les premiers saisissans. Cependant ceux-ci éprouvent un préjudice par suite de cette combinaison, puisque la contribution, au lieu de se faire sur tout ce qui avait d'abord été frappé par leurs saisies-arrêts, ne portera que sur la somme égale aux causes de ces saisies. Il est impossible qu'ils subissent un pareil dommage; car alors le transport signifié postérieurement à leur saisie leur nuirait. Donc il est juste que le cessionnaire indemnise les premiers saisissans de la perte qui résulte pour eux de la réduction des sommes distribuées par contribution. Telle est l'espèce de transaction que la Cour royale a imaginée. Le cessionnaire, seul intéressé à se plaindre de ce chef de l'arrêt, n'a pas cru devoir l'attaquer; en conséquence la Cour de cassation n'a pas

eu à prononcer sur ce point (1). La Cour de Pau n'a pas songé qu'en réglant ainsi les droits respectifs des parties, elle violait le principe qu'elle venait de poser elle-même. D'une part, en effet, elle dit que les saisies faites après la signification du transport ne doivent pas nuire au cessionnaire; et puis, elle ordonne que le cessionnaire indemnise les premiers saisissans du dommage que leur cause la survenance des nouvelles saisies. C'est bien faire peser sur le cessionnaire, du moins en partie, les conséquences des saisies qui ont suivi la signification du transport. Ainsi elle s'est mise, il faut l'avouer, en contradiction avec elle-même. Elle s'est préoccupée de l'idée que, tant que des deniers saisis ne sont pas distribués, les nouvelles oppositions les frappent; elle devait, tout en reconnaissant que telle est la règle générale, admettre franchement l'exception, pour le cas où un transport a été fait et signifié; considérer que le transport a transmis au cessionnaire les sommes précédemment mises sous la main de la justice, à la charge des oppositions existantes; que, ces oppositions étant le seul obstacle à la transmission, dès que ceux qui les ont formées sont désintéressés, la saisine du cessionnaire ne peut plus être contestée. Il n'y a que ce moyen de concilier des principes qui se heurtent et d'arriver à une solution rationnelle. (2)

---

(1) M. de Villeneuve (recueil Sirey) fait cette remarque qui est parfaitement juste : Sirey, 35. 1. 222.

(2) Depuis que ceci est écrit, la Cour de Paris a rendu un arrêt

203. Entre une signification de transport et une saisie faites le même jour, il n'y a point de préférence à accorder. Le saisissant et le cessionnaire doivent venir par contribution; sauf le cas, où par l'indication de l'heure dans les actes, on pourrait vérifier l'antériorité. (1)

204. Une autre conséquence de la règle qui subordonne la saisine du cessionnaire, à l'égard des tiers, à la signification du transport; c'est que, tant que la signification n'a pas eu lieu, le cédant a seul qualité pour faire soit des actes conservatoires, soit des poursuites tendantes à exécution contre le débiteur; que, réciproquement, le cessionnaire est inhabile à faire des actes conservatoires ou des actes d'exécution.

Ainsi, on a jugé que, postérieurement au transport et antérieurement à la signification, le cédant a pu, en son nom personnel, interjeter appel, consigner des alimens, prendre des inscriptions hypothécaires et les renouveler. (2)

Toutefois, ce serait une rigueur extrême que d'annuler les actes conservatoires faits par le cessionnaire, avant la signification du transport; aussi la Cour de cassation s'est-elle prononcée plusieurs

---

conforme à celui de la Cour de Pau; arrêt du 20 mai 1835; Sirey, 35. 2. 386.

(1) Ce qui a été dit, suprà, n° 187, sur la priorité entre cessionnaires, signifiant leur transport le même jour, reçoit ici son application.

(2) Arrêts de la Cour de Bordeaux, du 29 avril 1829; Sirey, 29. 2. 350; Dalloz, 29. 2. 227: Palais, tome 85, p. 70; de la Cour de Paris, du 15 octobre 1829; Dalloz, 29. 2. 800.

fois en faveur d'actes de cette nature faits par le porteur d'une cession non signifiée. Par exemple, elle a maintenu les inscriptions hypothécaires qu'il avait prises ou renouvelées (1), et reconnu qu'il pouvait, dans une instance déjà liée avec son cédant, faire valoir le sérieux et la validité d'un transport originaire fait au cédant lui-même (2). Un de ses arrêts paraîtrait même attribuer au cessionnaire, à compter du jour du transport et antérieurement à la signification, le droit de faire des actes conservatoires, qu'il refuserait au cédant.

« Dans le transport d'une créance, d'un droit ou d'une action sur un tiers, y est-il dit, la délivrance s'opère, aux termes de l'article 1689 du Code civil, entre le cédant et le cessionnaire par la remise du titre; d'où il suit que la propriété, n'appartenant plus au cédant, repose nécessairement sur la tête du cessionnaire et que le cédant n'ayant plus le pouvoir ni de faire des actes conservatoires, ni d'agir relativement à l'objet cédé, ce pouvoir appartient nécessairement au cessionnaire sans autre limite que celle qui est littéralement consacrée par la loi, etc. (3) »

La remise des titres au cessionnaire peut bien être un empêchement de fait à des actes conservatoires par le cédant; il est vrai aussi que du cé-

(1) Arrêts des 15 ventose an XIII, 4 avril 1810, 7 octobre 1812; 15 mars 1816 et 11 août 1819; Sirey, 5. 2. 556. 10. 1. 218. 13. 1. 111. 16. 1. 238 et 19. 1. 400; Dalloz, v° *Hypothèques*, p. 183, 309; Palais, tome 11. 165 et tome 45. p. 520.

(2) Arrêt du 25 juillet 1832; Sirey, 33. 1. 347; Dalloz, 33. 1. 67.

(3) Dalloz, 28. 1. 344.

dant au cessionnaire cette remise suffit pour la délivrance; et même il ne faut pas de délivrance pour transférer la propriété, le consentement seul la transmet; mais c'est relativement aux tiers que l'on doit apprécier la validité des actes conservatoires. Or, le cédant étant réputé propriétaire jusqu'à la signification de la cession, lui seul aurait qualité pour agir, dans la rigueur des principes; le cessionnaire, au contraire, serait sans capacité : c'est précisément l'inverse de la thèse admise par la Cour de cassation. Il est donc certain qu'en validant les actes conservatoires fait par le cessionnaire, on se détermine par des considérations d'équité et non par l'application des règles consacrées dans les art. 1689, 1690 et 1691; qu'on ne saurait aller au-delà et refuser au cédant le droit qui n'appartient véritablement qu'à lui.

205. Dans l'espèce sur laquelle a été rendu l'arrêt que je viens de citer, l'acte du cessionnaire, qui a été considéré comme conservatoire et maintenu à ce titre, était une surenchère exercée sur le prix de l'immeuble affecté à la créance cédée. Était-ce bien là en effet un acte conservatoire? L'adjudicataire ne pouvait-il pas, en sa qualité de tiers, dire qu'il avait un droit acquis, que la surenchère qui le modifiait ne pouvait émaner que de celui sur qui reposait, relativement à lui, la propriété de la créance, c'est-à-dire du cédant, et non du cessionnaire, puisque la signification du transport n'avait pas encore été faite.

206. On ne saurait méconnaître la puissance

de cette argumentation. Cependant, en se pénétrant bien de l'intention de la loi, on aperçoit qu'elle tend à empêcher que la situation des tiers ne soit modifiée par des transmissions occultes de droits ou de créances. Elle doit donc déclarer non avenus les actes faits par le cessionnaire, avant que la cession ait reçu la publicité convenable, mais seulement lorsque ces actes ont des résultats qu'ils n'auraient pas eus, si le cédant les avait faits. Quand l'existence de la cession est sans influence sur les conséquences des actes; s'il est indifférent, pour leur validité et pour leurs suites, qu'ils aient été faits par le cédant ou par le cessionnaire, n'est-il pas raisonnable de les maintenir et de leur donner effet, sans s'occuper de celui de qui ils émanent (1)? Je crois que ce système se trouve exprimé, confusément il est vrai, dans les considérans de l'arrêt que j'examine et d'un autre arrêt de la Cour de cassation, du 25 juillet 1832 (2); je n'ose toutefois l'affirmer. Je soumets ces vues à l'examen des jurisconsultes : si on les condamne, j'espère qu'on voudra bien me tenir compte de la direction que je cherche à imprimer à mes travaux; j'essaie d'étendre la portée des solutions; et après avoir montré l'espèce décidée par un arrêt, je m'efforce de mettre en évidence les règles générales sur lesquelles il est fondé. *Axiomata à particularibus ritè et ordinè abstracta nova*

(1) Sauf ce qui est dit pour les actes d'exécution. Cod. civ., art. 2214.

(2) Sirey, 33. 1. 347; Dalloz, 33. 1. 69.

particularia rursùs facilè indicant et designant, itaque scientias reddunt activas. (1)

207. Après avoir exposé les conséquences qui dérivent du défaut de signification, je dois examiner les cas exceptionnels dans lesquels le transport produit effet, même relativement au tiers, sans signification.

208. D'abord, la connaissance du transport acquise par le débiteur supplée-t-elle à la signification?

La solution de la question dépend des circonstances dans lesquelles elle s'élève.

Si le débiteur, argumentant de ce qu'il sait que le transport a eu lieu, refuse à son créancier primitif le paiement de la créance cédée; il est évidemment mal fondé. Tant qu'il n'a pas reçu la signification, il n'a pas la certitude légale que la créance ait changé de main; il n'a rien à craindre pour la validité du paiement fait au premier titulaire; l'art. 1691 le déclare valable; il est donc sans intérêt et sans droit à le refuser. (2)

Par conséquent, le cessionnaire qui n'aurait signifié son transport qu'après le paiement au cédant, voudrait vainement le critiquer sous prétexte que le débiteur cédé connaissait la cession. A plus forte raison, il serait non recevable à prétendre contre des créanciers du cédant ou contre un second cessionnaire, que la connaissance du

(1) Bacon, *novum organum*, lib. 1. § 24.

(2) Arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1827; Dalloz, 28. 1. 46; Sirey, 28. 1. 42.

transport acquise au débiteur a valu pour lui saisine.

209. Mais si les tiers qui contestent au cessionnaire la propriété de la chose cédée, avaient eu connaissance eux-mêmes du transport antérieurement à l'époque où ils ont acquis leurs droits; cette circonstance, qui presque toujours les constituera en état de mauvaise foi, sera suffisante pour que la cession soit maintenue, quoiqu'elle n'ait pas été signifiée.

210. Ainsi, après une première cession, le cédant en fait une seconde à une personne qui a connu la première, par exemple, en assistant à l'acte qui la renferme; quoique la seconde cession soit signifiée avant l'autre, le premier cessionnaire sera préféré au second, parce que la tradition (et pour les tiers, la signification n'est que cela) ne donne un droit de préférence qu'à la condition qu'il y ait bonne foi de la part de celui qui possède. (Cod. civ. art. 1141.) (1)

Voici une autre occasion dans laquelle les mêmes principes ont été appliqués.

Le sieur Lemps était créancier du sieur Perrin de 12,000 francs.

Perrin acquiert, par voie de cession, une créance de 6,000 fr. contre Lemps.

Par l'effet de la compensation, la créance de Lemps sur Perrin paraissait être réduite à 6,000 fr.; mais, la cession, au moyen de laquelle Perrin était

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 14 mars 1831; Sirey, 35. 1. 719.

devenu créancier, n'avait point été signifiée à Lemps, débiteur; par conséquent, soit relativement à Lemps, soit relativement aux tiers, la transmission n'était pas opérée et la compensation n'avait pas eu lieu (1). Dans cet état de choses, Lemps cède sa créance de 12,000 fr. sur Perrin à Busco; celui-ci signifie la cession à Perrin et demande le paiement des 12,000 fr. Perrin oppose que durant un moment il a été créancier de Lemps de 6,000 fr.; que, par conséquent, il y a eu compensation jusqu'à due concurrence. Busco répond que, pour lui tiers, Perrin n'a pas été créancier de Lemps; parce qu'il n'a pas notifié à celui-ci la cession de la créance de 6,000 fr.

D'après les règles ordinaires, la prétention de Busco était fondée. On l'a combattue en faisant remarquer que le défaut de signification, dont excipait Busco, ne pouvait être opposé par lui; parce qu'il avait eu connaissance personnelle de la cession faite à Perrin d'une créance de 6,000 fr. sur Lemps, avant de devenir lui-même cessionnaire de la créance de 12,000 fr. de Lemps sur Perrin: ce qui pouvait être considéré comme une combinaison frauduleuse. Ces considérations ont déterminé la Cour de Grenoble et la Cour de cassation à décider que, nonobstant le défaut de notification, Perrin avait été saisi, relativement à Busco, de la créance de 6,000 fr.

M. Troplong cite cet arrêt (2), mais il se trompe

---

(1) *Voy.* suprà, n° 197.
(2) N° 900.

sur le sens de la décision. Il suppose que c'est la connaissance acquise à Lemps, débiteur des 6,000 fr. cédés, qui a empêché Busco d'opposer le défaut de signification de la cession de cette créance; il suffit de lire les considérans de l'arrêt pour se convaincre que c'est la connaissance acquise à Busco en personne, qui a été le motif de la décision rendue contre lui.

« Attendu, y est-il dit(1), qu'il est constant en fait que Perrin était devenu propriétaire de l'obligation de 6,000 fr. souscrite par Lemps, du jour de la cession qui lui en avait été faite par l'acte sous seing privé du 12 mars 1818; que cette cession ne pouvait être suspectée d'aucune fraude; qu'elle avait fait partie des pièces communiquées *à l'avoué de Busco, représentant alors de Lemps puîné, dont il était mandataire, pour établir la compensation à laquelle elle lui donnait droit vis-à-vis dudit Lemps puîné, demandant le paiement des 12,000 fr. dus par Perrin; et que Busco en avait eu nécessairement connaissance, avant la notification faite à sa requête le 23 novembre 1821 de la cession qu'il prétendait lui avoir été faite, par Lemps puîné, de sa créance sur Perrin, dans un acte sous seing privé, du 20 septembre 1818, dont l'enregistrement n'est que du 23 novembre 1821, jour de la signification de la requête d'intervention dudit Busco;* attendu qu'en concluant de ces faits (qui peuvent faire considérer la cession con-

(1) Arrêt du 13 juillet 1831; Dalloz, 31. 1. 242.

sentie à Busco par Lemps puîné, comme la suite *d'un concert frauduleux entre le cédant et le cessionnaire*); que Busco ne pouvait invoquer aucune priorité pour s'attribuer des droits autres que son cédant, et exclure la compensation à laquelle Lemps puîné n'aurait pas pu se refuser, la Cour royale n'a violé aucune des lois invoquées par le demandeur. »

Il est évident que le motif déterminant de l'arrêt est, comme je le disais, la connaissance acquise à Busco et la fraude qui en était la conséquence.

211. La forme du titre constitutif de la créance rend quelquefois la signification inutile. Ainsi les lettres de change et les billets à ordre se transmettent par la voie de l'endossement; les titres au porteur, par la simple tradition (1); les rentes sur l'état (2) et les actions de la banque de France (3), au moyen de transferts inscrits sur les registres de la trésorerie et sur ceux de la banque.

Il y a plusieurs sociétés dont les actions se transmettent aussi par une simple mention faite sur leurs registres. Les tiers ne peuvent se plaindre de cette dérogation aux règles ordinaires de la transmission, puisque le titre constitutif de la créance n'existe qu'à cette condition et qu'ils

(1) Loi du 25 thermidor an III; arrêt de la Cour de cassation du 10 novembre 1829; Sirey, 30. 1. 34; Dalloz, 29. 1. 385; arrêt de la Cour de Nîmes, du 23 mars 1830; Sirey, 31. 2. 344; Dalloz, 31. 2. 241; M. Pardessus, Cours de droit commercial, nos 183, 313, 353 et 483; M. Toullier, tome VII, n° 208. Cod. com. art. 35.

(2) Loi du 28 floréal an VII.

(3) Décret du 16 janvier 1808.

sont avertis par les statuts, souvent même par une mention expresse qui est placée sur les actions. (1)

212. L'on verra bientôt (2) que la cession d'une créance comprend les privilèges et hypothèques qui en sont l'accessoire. Cela est incontestable, lorsque la cession est faite par acte séparé, signifié au débiteur. En est-il de même lorsque la transmission a lieu par la voie d'endossement?

Par exemple, un billet à ordre est fait pardevant notaire, il contient constitution d'hypothèque, pour sûreté de la somme prêtée au souscripteur (3); ou bien, un vendeur consent à recevoir en paiement du prix d'un immeuble des billets à ordre; il dit dans le contrat, qu'en recevant les billets, il n'entend point faire novation; qu'il veut conserver son privilège, et que ce privilège soit transmissible à tous ceux à qui les billets pourront être successivement négociés; il rappelle dans les billets mêmes leur cause et le privilège qui y est attaché.

Dans ces deux hypothèses, l'hypothèque et le

---

(1) M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome II, p. 827, et tome IV, p. 146. Cod. com. art. 36.

(2) *Voy.* l'article III de ce §.

(3) Il est reconnu maintenant qu'on peut faire un billet à ordre par-devant notaire. *Voy.* Répertoire de jurisprudence, vº *Lettre de change*, § 2 et tome XVI, p. 118; M. Pardessus, Cours de droit commercial, tome II, nº 330; M. Toullier, tome VII, page 152; M. Rolland de Villargues, vº *Billet à ordre*, nº 2. Décision du ministre des finances, du 6 pluviôse an XI; arrêt de la Cour de Lyon du 4 juin 1830; Sirey, 33. 1. 817; Dalloz, 33. 2. 153. *Voy.* cependant arrêt de la même Cour du 22 mars 1830; Sirey, 31. 2. 238.

privilège se transmettront-ils par l'endossement, comme se transmet la créance à laquelle ils sont attachés?

Je crois fermement à l'affirmative.

Pour refuser à l'endossement qui transmet la créance l'effet de transmettre l'hypothèque ou le privilège; il faut, ou qu'un texte résiste à cette transmission, ou qu'un obstacle naisse de la nature du droit d'hypothèque et de privilège, ou qu'enfin cette transmission soit incompatible avec l'accomplissement de quelques mesures d'exécution ou avec l'exercice de quelques droits conférés aux tiers.

D'abord les textes sont muets sur la difficulté.

En second lieu, la nature de l'hypothèque et du privilège n'a rien qui répugne à ce qu'un simple endossement les transmette.

Qu'y a-t-il de moins dans un endossement que dans un acte de cession séparé et signifié? La certitude de la date et la connaissance de la cession par le débiteur cédé. Or, le privilège et l'hypothèque, considérés attentivement et sous toutes leurs faces, me paraissent pouvoir être transportés d'une personne à une autre, par un acte inconnu du débiteur et n'ayant point de date certaine. Je ne conçois pas même comment l'on prétendrait établir la contradiction entre une semblable transmission et les caractères constitutifs de l'hypothèque et du privilège. Sans doute c'est un grand avantage, pour les tiers, que dans les cessions il y ait certitude de la date et manifestation par le moyen d'une notification; mais, puisque malgré l'intérêt qu'ont les

tiers à ce que ces deux élémens soient réunis dans les actes de transport, on a autorisé la transmission des créances par la voie de l'endossement, il est impossible de sérieusement contester la faculté de transmettre, par le même procédé, les hypothèques et privilèges.

On objecte que la transmission par acte séparé et au moyen d'une signification faite au débiteur cédé, est applicable aux matières civiles, tandis que l'endossement n'a lieu que pour les matières commerciales; qu'en conséquence, les droits d'hypothèque et de privilège, créations de la législation civile, ne peuvent être transmis que suivant les formes du droit commun.

L'argument serait sans réplique, si la forme de l'endossement était exclusivement réservée aux créances commerciales de leur nature; mais ce n'est point la nature des droits à transmettre qui rend licite la transmission par endossement, c'est la forme du titre qui autorise l'emploi de ce moyen. L'endossement est possible, par cela seul qu'il a plu aux contractans de faire un billet à ordre; peu importe que le billet soit fait entre personnes étrangères au commerce et pour des causes qui n'ont rien de commercial. Ainsi, d'une part, une créance commerciale, constatée par un titre en forme d'obligation ordinaire, ne serait cédée valablement, à l'égard des tiers, que par la signification de l'acte de cession au débiteur cédé (1); et d'un autre côté, une créance purement civile, mais

(1) Voy. infrà, nº 413.

revêtue de la forme d'un billet à ordre, est cessible par la voie de l'endossement.

Dès-lors, et la nature *civile* des droits qu'on veut céder n'étant pas un empêchement à ce que la voie de l'endossement soit usitée, on ne peut argumenter, pour dénier à l'endossement l'effet translatif des hypothèques et des privilèges, du caractère *civil* de ces droits.

Je n'ai plus qu'à voir si le système que je viens d'établir est incompatible avec l'accomplissement de certaines formalités, ou l'exercice de certains droits établis par le régime hypothécaire actuellement en vigueur.

Si, chaque fois qu'une créance hypothécaire change de main, la mutation devait être manifestée par une inscription prise au nom du nouveau titulaire, ou par un moyen analogue, évidemment l'endossement seul ne suffirait pas pour transférer les hypothèques; mais aucune disposition du Code, dit M. Troplong, ne soumet à l'inscription les cessions de créances, quels que soient les hypothèques ou les privilèges accessoires dont elles sont investies entre les mains du cédant. Ce serait créer une véritable loi que de les assujétir à l'inscription. (1)

Le tiers détenteur a le droit de purger la propriété qu'il acquiert, en notifiant son contrat aux créanciers inscrits, et en déclarant qu'il est prêt à acquitter sur-le-champ les dettes et les charges hypothécaires, jusqu'à concurrence seulement du

(1) Traité des hypothèques, tome II, page 454.

prix, sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles. (1)

Voilà une position favorable pour le tiers détenteur. La faculté qu'il reçoit de la loi doit être d'autant plus respectée, qu'elle tend à rendre définitives et sûres les transmissions de propriétés.

Si elle est inconciliable avec la transmission des hypothèques par endossement, il n'y a pas à hésiter, l'endossement ne peut être considéré, comme transmettant les hypothèques. Or, dit-on, comment le tiers détenteur fera-t-il la notification aux créanciers hypothécaires, lorsque les billets, en circulant rapidement non-seulement dans le lieu de la situation de l'immeuble, mais sur toutes les places de commerce, auront transporté successivement l'hypothèque entre les mains d'une foule d'endosseurs et enfin dans celles d'un porteur qui peut être actuellement inconnu? Après les difficultés de la notification, viendront les difficultés du paiement; car à qui payer, où trouver le porteur des billets? Enfin, en supposant qu'il soit connu, il pourra refuser le paiement avant l'échéance (c'est le droit de tout porteur d'effets de commerce), il paralysera ainsi la faculté accordée au tiers détenteur de payer son prix, *sans distinction des dettes exigibles ou non exigibles.*

Au premier aperçu, ces difficultés paraissent graves et l'objection sérieuse. Voyons ce qu'elles ont de solide.

---

(1) Cod. civ. art. 2183 et 2184.

D'abord, la notification aux créanciers n'a rien de plus embarrassant, lorsque l'hypothèque circule avec la forme rapide et simple de l'endossement, que lorsqu'elle est transmise par des actes de cession signifiés au débiteur. Dans une hypothèse, pas plus que dans l'autre, le tiers détenteur n'a le moyen de connaître avec certitude le titulaire actuel de chaque créance hypothécaire; car le débiteur peut dissimuler une ou plusieurs significations qu'il a reçues. Aussi la loi n'a point exigé que la notification soit faite au titulaire de chaque créance au moment de la vente; elle prescrit seulement que la notification soit adressée aux créanciers, *aux domiciles élus par leurs inscriptions* (1). Chaque cessionnaire est averti qu'à moins d'indication d'un nouveau domicile, c'est à celui qui a été d'abord élu que seront faites toutes les significations qui l'intéressent; tant pis pour lui s'il laisse subsister la première élection qui ne lui offre pas de garantie; tant pis pour lui surtout s'il est devenu cessionnaire par acte sous seing privé, car alors il n'a pas le droit de changer l'élection (2). Le tiers détenteur en signifiant aux domiciles élus dans les inscriptions, a accompli toutes les obligations qui lui sont imposées, et le préjudice

---

(2) Il est loisible à celui qui a requis une inscription, ainsi qu'à ses représentans *ou cessionnaires par acte authentique*, de changer sur le registre des hypothèques, le domicile par lui élu, à la charge d'en choisir et indiquer un autre dans le même arrondissement. Cod. civ., art. 2152.

qu'éprouveront peut-être les créanciers n'ôtera aux actes qu'il aura faits aucune de leurs conséquences légales.

Pour le paiement, il y aura un léger surcroît de précautions à prendre. Avant de payer, le tiers détenteur demandera selon l'usage à chaque créancier inscrit la représentation de son titre; en les examinant, il verra bien qu'on a créé des titres transmissibles par la voie de l'endossement et entraînant avec eux l'hypothèque ou le privilège; il exigera la production et la remise de ces titres, sans laquelle il ne se libérerait pas valablement, puisqu'il paierait à qui n'est plus saisi de la créance, de l'hypothèque ou du privilège. Mais comme l'ignorance du véritable créancier ne peut ôter au tiers détenteur le droit qu'il a de se libérer, si les billets ne lui sont pas remis, il consignera la somme montant de la créance : l'article 2186 l'y autorise.

Si enfin le porteur des billets se présentait, et qu'il refusât le paiement avant l'échéance, sa prétention serait mal fondée; et dans ce cas encore le tiers détenteur, en consignant le montant des billets, serait libéré. Il est vrai qu'un porteur d'effets de commerce a le droit de refuser son paiement avant l'échéance; mais on comprend que si le souscripteur s'était réservé la faculté de payer, quand il le jugerait convenable, cette stipulation modifierait le droit du porteur. Il en doit être de même, quoique la clause ne soit pas écrite, si, à raison de la position spéciale des parties, la restriction résulte de la loi elle-même. C'est précisément

ce qui a lieu, lorsqu'un billet à ordre se trouve, par extraordinaire, accompagné d'une hypothèque. La créance n'est pas alors pure et simple, elle est hypothécaire; et comme elle est munie de tous les avantages d'une semblable garantie, elle est sujette aux inconvéniens qui en sont inséparables. D'une part, elle est payable, par préférence aux autres créances contenues dans de simples billets à ordre ou autres obligations; d'un autre côté, elle est remboursable, avant l'échéance, par le tiers détenteur. Le porteur qui a accepté ce titre, qui veut jouir du droit hypothécaire qu'il lui confère, doit se plier aux conséquences qu'il entraîne avec lui. Rarement, au surplus, on verra les tiers porteurs se plaindre d'un paiement anticipé.

Cette discussion me semble avoir mis en évidence que ni le texte de la loi, ni la nature des droits d'hypothèque et de privilège, ni les formes de notre régime hypothécaire, ni les droits qu'il attribue ne sont en opposition avec la transmission des hypothèques et privilèges par voie d'endossement : j'ai montré comment il était facile de tout concilier. La jurisprudence s'est montrée favorable à la doctrine que je viens d'établir (1),

(1) Arrêts de la Cour de cassation, du 15 mars 1825, Sirey, 26. 1. 61; Dalloz, 25. 1. 201; du 10 août 1831; Sirey, 31. 1. 371; Dalloz, 31. 1. 303. Cependant la Cour royale de Lyon a jugé qu'une obligation notariée stipulée, payable à ordre, n'est pas transmissible par simple endossement, et les considérans de l'arrêt semblent repousser l'idée de transmission des hypothèques et privilèges, par endossement d'un billet à ordre sous seing privé; arrêt du 22 mars 1830; Sirey, 31. 2. 238.

et la plupart des écrivains l'ont adoptée (1). M. Toullier, expliquant ce qu'a voulu dire le Code, quand il exige que la subrogation faite par le créancier soit expresse, enseigne qu'il n'est pas nécessaire que l'énumération de tous les droits cédés soit insérée dans l'acte; qu'il suffit que la cession des droits soit exprimée sans équivoque. Du reste, ajoute-t-il (2), il est indifférent dans quels termes est conçue cette cession ou subrogation, *vente*, *transport*, *abandon*, etc. La simple formule d'endossement des billets à or-

---

(1) M. Casimir-Périer proposa, il y a quelques années, un prix pour le meilleur écrit sur les modifications à introduire dans notre régime hypothécaire. Des travaux fort remarquables furent publiés à cette occasion; presque tous présentèrent la facile transmission des hypothèques comme un progrès. M. Decourdemanche, dans son livre, intitulé *du danger des prêts sur hypothèques*, proposait avec quelques modifications, le rétablissement des cédules hypothécaires. On lit dans un ouvrage publié en 1830 sans nom d'auteur, et qui est attribué à M. Duchesne, avocat à Grenoble, page 131: « Il me semblerait utile et nécessaire même de décider : 1° que les obligations hypothécaires pourront être transformées en obligations à ordre, transmissibles sur la première grosse, par voie de simple endossement comme la lettre de change. » « Nous voudrions, disait M. Fœlix, avocat à la Cour royale de Paris, l'un des concurrens, qu'on pût transférer la propriété d'une créance privilégiée ou hypothécaire, par la simple voie d'un endossement mis au pied ou à la suite du titre, et n'entraînant que des frais minimes. Cette facilité de la cession, jointe à la garantie pleine et entière que procurera notre système aux créances hypothécaires, donnera à ces créances une circulation très active. Personne ne fera plus de difficulté d'acheter nos créances, parce qu'il aura l'occasion de s'en défaire à son tour, lorsqu'il voudra changer la nature de ses placemens. » Le mémoire de M. Fœlix, présenté au concours ouvert par la Société d'émulation commerciale à Bordeaux, a été couronné.

(2) Tome VII, n° 121.

dre et des lettres de change, *payez* à M. un tel..., valeur reçue comptant, opère une subrogation générale dans tous les droits et actions de l'endosseur. Cette formule opérerait également la subrogation quand elle serait mise au pied d'un billet non négociable, d'un billet notarié emportant privilège ou hypothèque. »

En s'exprimant ainsi, M. Toullier reconnaît implicitement la transmissibilité de l'hypothèque ou du privilège par endossement apposé à un billet notarié négociable, ou à un billet à ordre sous seing privé, se rattachant à une obligation notariée constituant le privilège ou l'hypothèque.

La question s'est présentée devant la Cour royale de Lyon qui, par arrêt du 4 juin 1830, a décidé que l'hypothèque, accessoire d'une créance contenue en un billet à ordre notarié, était valablement transmise, à l'égard des tiers, par l'endossement.

Il y a eu pourvoi, et le système du demandeur en cassation a été soutenu avec une rare habileté par M. Dalloz. Ce savant jurisconsulte a présenté de la manière la plus propre à faire impression, les argumens que j'ai déjà essayé de réfuter (1). En homme qui allie les connaissances du légiste aux notions d'économie sociale, il n'a pas nié que la facile transmission des hypothèques ne dût avoir de grands avantages; mais il a soutenu que l'ensemble des dispositions légales actuellement en vigueur est incompatible avec l'idée de transmission par voie d'endossement. « S'il fallait, a-t-il

(1) *Voy.* son recueil, tome 33. 1. 353.

dit, recher̀cher les avantages que la société peut recueillir de la mobilisation du sol, cette idée ne nous semblerait pas impossible à organiser, et un jour viendra peut-être où nos législateurs en concevront la pensée; mais assurément cette pensée ne leur est pas encore venue, et l'arrêt attaqué tend à faire entrer inopinément, et pour ainsi dire de vive force, dans notre législation, un principe nouveau auquel répugne toute l'économie de ses dispositions sur la transmission des droits réels et incorporels, principe dont toutes les conséquences imprévues du législateur, comme le principe lui-même, devront être arbitrairement réglées par le juge.»

M. Laplagne Barris, avocat-général, dont les opinions ont tant de poids devant la Cour suprême, tout en reconnaissant la gravité de la question, a conclu au rejet, par le motif que la loi ne prohibe dans aucun texte la transmission des hypothèques par voie d'endossement.

La Cour de cassation a accueilli une fin de non recevoir; elle a, il faut en convenir, reculé devant la nécessité d'une réponse solennelle et positive. Quoique engagée par quelques précédens, elle a hésité à poser le principe que le talent de l'avocat du demandeur lui a montré si nouveau, si éloigné de la pensée du législateur, et comme procurant la facile transmission non-seulement des hypothèques et des priviléges, mais de la propriété immobilière elle-même (1): «Si une semblable doctrine pouvait

(1) *Voy.* l'arrêt du 18 novembre 1833; Sirey, 33. 1. 817; Dalloz, 33. 1. 353.

prévaloir, disait M. Dalloz, elle ne serait pas seulement applicable aux droits d'hypothèque; il faudrait nécessairement l'étendre à tous les droits réels qui pourraient être stipulés dans une lettre de change ou dans un billet à ordre, soit à titre de clause pénale et à défaut de paiement de la somme promise, soit à titre d'obligation alternative. La question se généralise donc d'elle-même et il s'agit donc de savoir si nos lois autorisent la mobilisation de la propriété territoriale, à ce point qu'un droit d'usufruit, un champ, une maison, un immeuble quelconque puissent se transférer et circuler par voie d'endossement dans les transactions civiles et commerciales. »

M. Troplong (1), en examinant la plaidoirie de M. Dalloz, a pensé qu'elle avait présenté la transmission de l'hypothèque par endossement, comme reproduisant le système de cédules hypothécaires créé par la loi du 9 messidor an III; il s'attache à démontrer qu'entre ce système, qu'il condamne, et la circulation de l'hypothèque par la même voie que les billets à ordre, existent des différences notables.

Je ne vois pas que M. Dalloz ait fait ce rapprochement entre la transmission de l'hypothèque par endossement et le régime hypothécaire de l'an III. Dans tous les cas, je suis loin de penser que les cédules hypothécaires dussent avoir les funestes effets qui se sont présentés à la vive

---

(1) N° 906.

imagination du savant magistrat de Nancy : non, on ne verrait point, si cette législation était appliquée à notre pays, les propriétaires s'empresser de convertir leurs immeubles en cédules et jeter leur fortune ainsi mobilisée aux folles entreprises ou aux chances du jeu. Quelques dissipateurs, sans doute, useraient de ce moyen ; mais ceux-là se ruinent également aujourd'hui à l'aide des prêts hypothécaires et de la procédure en saisie immobilière qui en est la suite habituelle. D'ailleurs, les meilleures institutions ont leurs inconvéniens, et l'on ne devrait pas repousser le régime hypothécaire de l'an III, ou un régime analogue, parce qu'il favoriserait quelques dissipations; lorsque, d'un autre côté, en multipliant les capitaux, il fournirait à l'industrie et au commerce des moyens nouveaux de développement et de prospérité. Il ne faut pas croire non plus que le système des cédules hypothécaires ait été repoussé avec une sorte de terreur ; qu'à peine né, il ait fait reculer d'épouvante ses propres auteurs. La véritable raison qui ait engagé à suspendre successivement l'exécution de la loi du 9 messidor jusqu'en l'an VII, époque à laquelle un système différent fut adopté (1) ; c'est peut-être qu'elle aurait ouvert une voie facile pour échapper à la loi de la confiscation, qui, dans ces temps déplorables, était employée à-la-fois comme moyen puissant de répression et comme ressource financière.

---

(1) *Voy.* lois du 26 frimaire an IV, du 19 ventose an IV; du 19 prairial an IV, du 24 thermidor an IV et du 28 vendémiaire an V.

Je n'aurais pas présenté sur ces graves problèmes de législation et d'économie sociale, le résultat de mes réflexions, si une question de droit que M. Dalloz a posée, mais que nul jusqu'ici n'a traitée et qui peut se présenter au premier moment, ne m'avait paru devoir être résolue.

Cette question, la voici : est-il vrai que, parce qu'on pourra, en endossant un billet à ordre, transmettre la somme qui s'y trouve énoncée et en même temps l'hypothèque qui en assure le paiement, tous les droits réels immobiliers, l'usufruit, les servitudes, les immeubles eux-mêmes, les champs, les maisons, seront transmissibles par le même procédé ?

On s'effraie à cette parole, *mobilisation du sol.* Il semble, comme on l'a dit d'une manière fort piquante, qu'avec ces mots il soit possible de mettre tout le territoire national sur une lettre de change et de le céder à l'étranger par voie d'endossement. On réclame pour la propriété immobilière ses anciens priviléges. Quelques-uns trouvent des garanties pour la morale publique et pour le repos du pays dans la fixité de cette espèce de propriété, dans les obstacles opposés à sa transmission. Il est vrai que long-temps, à la propriété immobilière furent attachées de grandes prérogatives sociales, et que les lois qui la maintenaient dans certaines familles, qui l'empêchaient d'en sortir, au gré des possesseurs, étaient en harmonie avec le système politique de l'époque. Ces lois étaient donc bonnes, du moins relativement ; elles ont cessé de l'être, depuis que l'ancien édifice so-

cial a été renversé. Elles n'ont plus la portée qu'elles avaient autrefois, elles ne servent qu'à rendre la propriété immobilière moins utile, sous le point de vue de l'intérêt privé, sans rien produire pour l'intérêt public. Triste et funeste protection que celle que procurent aux possesseurs d'immeubles notre régime hypothécaire, notre législation sur l'expropriation forcée, et toutes les difficultés que rencontre le créancier qui veut obtenir son paiement sur le gage immobilier qu'il a reçu! En résultat, les propriétaires fonciers ne trouvent que difficilement à emprunter, ils n'empruntent en général qu'à un taux excessif; puis, s'ils sont expropriés, et enfin ils finissent presque toujours par-là, la procédure protectrice de la propriété immobilière achève leur ruine.

On ne peut, je le sais, organiser facilement une nouvelle constitution de la propriété; mais lorsque la loi, par son silence, autorise une amélioration, il faut se hâter de la saisir. Or, je considère comme une amélioration de la plus haute importance la facilité de la transmission. Si donc, et dans l'état actuel de la législation, on devait admettre, comme conséquence du principe qui donne à l'endossement la puissance de transporter les hypothèques, la faculté de transmettre par le même moyen le droit de propriété; je ne reculerais pas devant ce résultat; je dirais qu'il est plus avantageux aux propriétaires d'être expropriés facilement, rapidement, et sans frais, que de l'être difficilement, lentement et avec d'énormes dépenses; je dirais

aussi que, plus les expropriations seront faciles, plus les expropriations seront rares; car les créanciers, porteurs de titres négociables et réalisables avec certitude et célérité, trouveraient toujours des capitalistes prêts à acheter de semblables valeurs, et par conséquent personne ne songerait à opérer l'expropriation. Mais il est superflu d'élever ici de semblables controverses : la mobilisation du sol n'est point logiquement liée à la transmission de l'hypothèque par la voie de l'endossement.

Par quelle raison a-t-on reconnu que l'hypothèque attachée à un billet à ordre pouvait circuler comme lui? Parce qu'un billet à ordre ou une lettre de change renferme l'obligation de payer une somme d'argent; et que l'hypothèque ou le privilège sont des moyens d'assurer le paiement, en donnant la préférence sur les autres créanciers. Mais des droits, qui ne sont point à proprement parler des accessoires de l'obligation de payer la somme énoncée dans le titre négociable, ne peuvent pas se transférer par l'endossement.

Ainsi, le vendeur d'un immeuble qui est payé en billets de l'acheteur auxquels est attaché le privilège, en transmettant ces billets à un tiers, lui cède le droit d'exiger le paiement de la somme portée dans les billets; il lui cède aussi le privilège, c'est-à-dire, le droit d'être payé de cette somme par préférence : il ne lui cède pas, il ne peut pas lui céder l'action en résolution de la vente, au cas de défaut de paiement du prix; d'abord, parce que cette action en résolution n'est pas véritablement l'accessoire du droit

d'exiger le paiement; elle suppose, au contraire, le non-paiement; en second lieu, parce que de sa nature un billet à ordre ou une lettre de change contient et ne peut contenir que l'obligation de payer une somme d'argent. Il n'est pas permis d'y introduire l'obligation même conditionnelle ou alternative de délivrer un immeuble; la forme des titres répugne à une pareille obligation; car, je le répète, cette forme est réservée par la législation aux engagemens de payer une somme en numéraire, à une époque déterminée.

Si l'on stipulait expressément que l'on comprend dans le billet ou dans la lettre de change l'action en résolution, ou toute autre action immobilière; si même on déclarait vendre un immeuble par un acte ayant l'apparence extérieure d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, on ne pourrait point transmettre l'action en résolution ou la propriété, en endossant le titre. Les tiers diraient avec raison : ce n'est pas un billet à ordre; ce n'est pas une lettre de change, parce qu'il ne peut y avoir lettre de change ou billet à ordre, que là où il y a obligation de payer une somme d'argent; parce que cette espèce d'actes est réservée à cette seule espèce d'obligation : en vain, on a employé la forme du billet ou de la lettre de change; le caractère et les effets légaux d'un titre s'apprécient non par la forme ou la qualification qu'il a plu aux parties de lui donner, mais par sa nature. S'il n'y a point billet à ordre ou lettre de change, l'endossement n'est plus une voie de transmission légale; du moins, en supposant qu'il suffise comme ex-

pression de la volonté des contractans, il n'a plus le privilège, comme l'endossement d'un véritable billet à ordre, de faire foi de sa date et de saisir le cessionnaire, sans qu'il soit besoin de signification au débiteur cédé.

En un mot, les hypothèques et les privilèges sont transmissibles par la voie de l'endossement; mais il n'en est pas de même des actions tendantes à revendiquer un immeuble, du droit de propriété sur un immeuble, et des démembremens de ce droit.

213. Les règles du Code civil étant applicables aux matières de commerce, à moins de dérogation expresse, la transmission des créances ou des droits nés de transactions commerciales n'a lieu, à l'égard des tiers, comme celle des créances civiles, que par la signification des actes de cession, ou par l'acceptation du débiteur cédé. La transmission des billets à ordre et des lettres de change par la voie de l'endossement est un cas exceptionnel dans lequel des titres commerciaux sont transférés sans l'accomplissement des formalités prescrites par le droit commun; mais le principe consacré par l'article 1690 reste toujours la règle générale (1). On a reproché à tort, je crois, à la Cour de Dijon et à la Cour de cassation d'avoir méconnu cette vérité (2). Les arrêts critiqués

(1) Arrêt de la Cour de cassation du 25 septembre 1813; Sirey, 14, 1. 78; Dalloz, v° *Faillite*, p. 278. *Voy.* aussi arrêts cités *infrà*, n° 215; M. Duranton, tome XVI, n° 505; M. Pardessus, tome II, n° 313.

(2) M. Troplong, n° 908.

ont été rendus dans une espèce qu'il faut connaître pour bien comprendre les termes et le sens de la décision (1). Le sieur Daguin s'était obligé à livrer au sieur Mion-Bouchard une certaine quantité de marchandises, à différens termes, à condition qu'à chaque livraison il y aurait réglement en effets payables à six mois. Le sieur Mion-Bouchard céda ses droits à la maison Ardaillon et compagnie, qui déclara se charger de faire exécuter le marché et de régler Daguin du prix des ventes. Lorsque Ardaillon a voulu exiger la livraison des marchandises de Daguin, celui-ci a répondu qu'il avait traité avec Mion-Bouchard; qu'il n'était point obligé d'accepter des effets souscrits par d'autres que par lui, ni même d'entrer en rapport avec un tiers, quel qu'il fût. Ardaillon, pour vaincre cette résistance, a assigné Daguin et Mion-Bouchard, pour les faire condamner, le premier à faire les livraisons exigibles, offrant d'en payer le prix en effets ou en espèces; et le second à faire exécuter le marché, sinon à lui rembourser le prix de la cession. Mion-Bouchard a répondu, d'abord qu'il n'était pas tenu à faire exécuter le marché; que, d'après la convention intervenue avec Ardaillon, celui-ci s'était chargé de ce soin à ses périls et risques; qu'au surplus, Ardaillon, n'ayant pas signifié la cession à Daguin conformément à l'art. 1690 du Code civil, n'avait pas le droit d'en réclamer l'exécution.

Evidemment cet article ne pouvait être invoqué

(1) Arrêt du 3 juillet 1827; Sirey, 27. 1. 606. Dalloz, 27. 1. 289.

par Mion-Bouchard. D'une part, on était autorisé à lui répondre, en fait, que la notification avait eu lieu ; car, en assignant Daguin, Ardaillon lui avait nécessairement notifié la cession en vertu de laquelle il agissait; et l'on a vu précédemment qu'il n'est pas nécessaire que la cession soit transcrite dans l'acte de notification (1). D'ailleurs, en droit, pour que Mion-Bouchard, cédant, fût recevable à exciper contre Ardaillon, son cessionnaire, du défaut de signification, il aurait fallu que Daguin lui-même se fût appuyé sur cette omission, pour refuser à Ardaillon l'exercice des droits que lui avait cédés Mion-Bouchard ; mais telle n'était point l'exception opposée par Daguin. Il disait, et avec raison : il ne s'agit pas ici d'une dette pure et simple, dont il me soit indifférent de m'acquitter entre les mains de mon créancier originaire ou de son cessionnaire ; l'acte dont l'exécution est réclamée est un contrat commutatif, imposant des obligations réciproques à moi et à celui avec qui j'ai contracté; or, il m'importe que ce soit celui-là même, et non un autre, qui exécute le marché.

C'est ce qu'ont décidé le tribunal et la Cour royale, en condamnant Daguin à livrer les marchandises à Ardaillon, seulement comme mandataire de Mion-Bouchard, et à la charge par celui-ci d'en régler le prix à Daguin, par la raison « que l'art. 1690 du Code civil invoqué par Mion-Bouchard n'est nullement applicable dans l'espèce, et qu'un

---

(1) *Voy. suprà*, n° 188.

des principaux motifs de cette inadmission est qu'il ne s'agit point ici d'une affaire civile; mais d'une affaire commerciale qui doit être exécutée d'après l'usage, et particulièrement suivant les règles de la bonne foi. »

Sans doute, la Cour semble opposer les matières civiles aux matières commerciales; mais on ne peut l'accuser cependant d'avoir dit, en termes absolus, que la disposition de l'art. 1690 est sans application à toutes les transactions qui ont lieu dans le commerce; elle fait clairement entendre que c'est bien plus le caractère particulier du traité, objet de la cession, que sa nature commerciale, qui repousse l'application de l'article 1690; puisqu'elle se fonde sur ce qu'il s'agit d'une affaire commerciale *qui doit être exécutée suivant l'usage, et particulièrement d'après les règles de la bonne foi;* et qu'elle rappelle ensuite toutes les circonstances qui justifient cette appréciation du traité.

Au surplus, la Cour de cassation a bien nettement exprimé cette pensée. Elle ne fait point du caractère commercial de la convention un argument, elle n'en dit pas un mot; elle tire la raison de décider de ce que l'objet de la cession était, non une simple créance, mais bien un traité produisant des obligations réciproques. « Attendu, dit-elle, que l'article 1690, applicable à la cession de simples créances est sans application *à des marchés qui lient sous des rapports particuliers les parties qui les ont souscrits.* »

Si la contestation dans la même espèce se fût engagée d'une manière différente; si Mion-Bou-

chard, après avoir cédé son marché à Ardaillon, l'eût cédé à un autre; que celui-ci, plus diligent qu'Ardaillon, eût signifié le premier son transport à Daguin, et que le débat se fût établi seulement entre Ardaillon et le second cessionnaire, se disputant le droit au marché; incontestablement Ardaillon eût succombé, parce qu'alors l'art. 1690 eût été la règle applicable.

Les arrêts que je viens d'examiner n'ont donc pas le sens qu'on leur a attribué; les solutions qu'ils renferment n'ont rien de contraire aux principes qu'on leur reprochait d'avoir violés; et ils offrent une utile distinction, relativement aux effets que produisent les cessions et à la garantie que doit le cédant, selon qu'il s'agit de simples créances ou de marchés contenant des obligations réciproques. Je reviendrai sur ce point dans le paragraphe suivant.

Après avoir établi que l'art. 1690 du Code civil régit les matières commerciales, M. Pardessus indique une modification importante. Il pense que, dans certaines circonstances, l'acceptation du débiteur cédé, quoiqu'elle ne soit pas faite par acte authentique, suffit pour opérer la transmission à l'égard des tiers. « Par suite, dit-il, des principes expliqués n° 246, il n'est pas indispensable, dans les matières commerciales, que cette acceptation ait lieu par acte authentique. Ainsi celle qui serait prouvée par les livres du débiteur suffirait. On sent même que les viremens dont nous avons parlé n° 236 ne peuvent se faire autrement; mais il n'en faudrait pas conclure que

la preuve d'une acceptation purement verbale pût être admise, et qu'une telle acceptation fût suffisante contre les tiers. » (1)

Un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1824, est invoqué par M. Pardessus à l'appui de sa doctrine, et il paraît en effet l'autoriser. (2)

Dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, la cession avait été acceptée par une simple lettre du débiteur cédé; mais ce débiteur était une administration publique, en sorte que ses actes avaient une espèce d'authenticité. D'un autre côté, c'était après la faillite du cédant que les créanciers argumentaient du défaut de signification ou d'acceptation par un acte authentique; mais antérieurement au jugement déclaratif de la faillite, le cessionnaire avait reçu le montant des créances à lui cédées. Il est vrai toutefois que le jugement faisait remonter la faillite à une époque antérieure au paiement. C'est dans ces circonstances que l'acceptation, quoique non authentique, a paru suffisante à la Cour royale de Paris et à la Cour de cassation.

Je crois aussi que le principe qui fait de l'authenticité de l'acceptation par le débiteur cédé une condition essentielle de la saisine, à l'égard des tiers, doit être conciliée avec la doctrine généralement admise, qu'en matière commerciale, la certitude de la date des actes peut être établie par d'autres moyens qu'en matière civile. C'est aux

(1) Cours de droit commercial, tome II, page 323.
(2) Sirey, 24, 1, 128.

tribunaux à user avec réserve du pouvoir qui leur est attribué et à renfermer dans de justes limites l'exception à la règle générale. La Cour de cassation et la Cour de Bordeaux ont eu l'occasion de montrer jusqu'où elle doit s'étendre, en jugeant, l'une, qu'une acceptation purement verbale (1), l'autre, qu'une acceptation sous seing privé portant la même date que le jugement déclaratif de la faillite et enregistrée le lendemain (2), n'avaient point saisi le cessionnaire, à l'égard des tiers.

214. Lorsqu'un transport est fait en fraude des créanciers du cédant, il peut être annulé, quoiqu'il ait été signifié. La signification opère la saisine, à l'égard des tiers, mais elle ne couvre pas la fraude. On sait que la régularité des actes faits par un débiteur, en fraude de ses créanciers, n'empêche pas ceux-ci de les attaquer; qu'ils tiennent ce droit de l'article 1167. Cod. civ,

Très fréquemment les cessions de créances futures, telles que loyers ou arrérages à échoir, sont entachées de fraude; si le cessionnaire en est complice, la nullité doit être prononcée. Il faut dire que de graves soupçons s'élèvent naturellement dans l'esprit des juges, lorsqu'ils voient des actes anticipant sur l'avenir, aliénant des expectatives plutôt que des réalités, qui, par eux-mêmes sont ordinairement le signe de la détresse et révèlent l'existence de créanciers, que lèsent certainement

---

(1) Arrêt du 28 novembre 1813; Sirey, 14. 1. 78; Dalloz, v° *Faillite*, page 278. M. Pardessus cite aussi cet arrêt.

(2) Arrêt du 18 août 1829; Sirey, 30. 2. 5; Dalloz, 30. 2. 44.

de pareilles mesures. M. Delvincourt (1) va jusqu'à dire que si la cession est de fruits ou d'intérêts, la signification ne transfère la propriété qu'au fur et à mesure des échéances; qu'elle n'empêcherait donc pas l'effet d'une saisie, à l'égard des intérêts qui viendraient à échoir postérieurement à cette saisie; et il cite, comme l'ayant ainsi jugé, un arrêt de la Cour de cassation, du 5 novembre 1813 (2). M. Delvincourt donne à cette décision une extension qu'elle ne doit pas avoir; il a été jugé seulement qu'en cas de vente de l'immeuble hypothéqué, les créanciers ont droit aux fruits échus depuis la vente, encore que le débiteur les ait donnés en paiement par anticipation. On voit, en lisant l'arrêt, que le droit spécial conféré aux créanciers hypothécaires par l'art. 2166 du Code civil, a eu une influence décisive sur la solution; il ne faut donc pas en faire une règle absolue et générale. (3)

Pour les matières commerciales, il existe des textes qui établissent des présomptions de fraude fondées sur le rapprochement entre les actes et l'époque de l'ouverture de la faillite. M. Toullier a expliqué ces dispositions, en les comparant à l'ancien droit : je dois me borner à renvoyer à ces explications. (4) Il a d'ailleurs exposé les règles générales, auxquelles est subordonnée l'action révo-

---

(1) Tome III, notes page 170.

(2) Sirey, 14. 1. 6.

(3) *Voy.* M. Duranton, tome XVI, n° 506; arrêt de Rouen du 28 novembre 1825; Sirey, 26. 214.

(4) *Voy.* tome VI, nos 357 et suiv.

catoire des créanciers; j'engage le lecteur à consulter tout ce qu'il a dit à ce sujet. (1)

215. Puisque le cessionnaire n'est saisi et le cédant dessaisi, à l'égard des tiers, qu'à compter du jour de la signification ou de l'acceptation du débiteur cédé par un acte authentique; il faut qu'au moment de la signification ou de l'acceptation, le cédant soit *in bonis*. Ainsi la faillite survenue avant la signification ou l'acceptation du transport empêcherait la saisine au profit du cessionnaire. La faillite ôte au failli le droit de disposer de ses biens; par conséquent, une signification postérieure ne peut plus opérer, en faveur du cessionnaire, la transmission d'un droit ou d'une créance, dont la masse est déjà saisie.

Cette doctrine est consacrée par la jurisprudence (2). L'un des arrêts qui l'établissent (3) a cela de remarquable qu'il a été rendu dans un cas, où le transport avait été fait par acte authentique, et avait ainsi une date certaine antérieure à la faillite. Le cessionnaire pouvait dire par conséquent que l'aliénation avait eu lieu, à une époque où le cédant avait la libre disposition de ses biens, et que c'était seulement la manifestation à l'égard des tiers qui avait été précédée par la faillite. Mais ce raisonnement ne devait point faire fléchir les principes.

---

(1) *Voy.* tome VI, n°s 341 et suiv.

(2) Arrêt de la Cour de Paris du 13 décembre 1814; Sirey, 15. 2. 98; arrêt de la Cour de Bordeaux du 18 août 1829; Sirey, 30. 2. 5. Dalloz, 30. 2. 44.

(3) Celui de la Cour de Paris cité dans la note précédente.

se réunissent pour recevoir ensemble le paiement total.

217. « La créance avec ses accessoires, le droit d'action, d'hypothèque, etc., dit M. Toullier, sont au nombre des choses qui composent le patrimoine du créancier; ce sont des choses incorporelles, qui sont dans le commerce aussi bien que les corporelles. Il peut donc les transmettre à des successeurs particuliers de la manière que bon lui semble, à titre gratuit ou onéreux (tome VI, n° 421) de la même manière qu'il peut vendre un héritage. » Il ajoute que la cession produit les mêmes effets que la vente d'un héritage; qu'elle transmet à l'acquéreur ou cessionnaire tous les droits du vendeur ou cédant, pour les exercer comme il aurait pu le faire; qu'en un mot, elle subroge le cessionnaire dans tous les droits et actions du cédant sans exceptions. (1)

218. Ainsi tous les accessoires de la créance, tels que cautions (2), privilège et hypothèque, tous les moyens d'exécution, tels que la contrainte par corps, la voie parée, etc. (3) sont transmis au cessionnaire.

---

(1) Tome VII, n° 103.

(2) Art. 1692. *Venditor actionis, quam adversùs principalem reum habet, omne jus quod ex eâ causâ ei competit, tam adversùs ipsum reum quàm adversus intercessores hujus debiti cedere debet, nisi aliud actum est.* L. 23. ff. *de hæred. vel. act. vend.*

(3) M. Toullier, tome VII, n°s 99, 100 et 165; M. Duranton, tome XVI, n° 509; arrêt de la Cour de Nîmes, du 2 juillet 1808; Sirey, 9. 2. 61. Le Répertoire rappelle que quelques anciennes coutumes notamment celles de Blois, art. 263, et de Melun, art. 311,

219. Propriétaire de la créance, il l'est également de tout ce qui s'y rattache et de tout ce qu'elle produit, en vertu du droit d'accession et conformément aux principes établis par les art. 547 et suiv. du Code civil.

220. Par conséquent, lorsque l'objet de la cession est un capital productif d'intérêts, ou une rente, les intérêts ou les arrérages échus depuis la cession appartiennent au cessionnaire.

221. Il en est de même de ceux qui étaient déjà échus au moment de la cession, à moins qu'ils n'aient été réservés par le cédant. A la vérité, ils ne sont pas des fruits, relativement à celui qui n'est devenu propriétaire de la chose principale, que postérieurement à leur échéance; mais il est présumable que l'intention commune des contractans a été de les comprendre dans la cession. Cette intention résulte surtout de la remise des titres par le cédant, puisque, sans titres, il ne peut plus poursuivre le paiement. (1)

222. Dans l'ancienne jurisprudence, la cession même générale des droits et actions ne comprenait pas les actions rescindantes et rescisoires, parce que, dit Rousseaud de Lacombe (2), elles dépendent absolument de la volonté, que quelquefois il y va de l'honneur et de la réputation, et que

---

voulaient que le cessionnaire fût toujours obligé de faire déclarer son titre exécutoire, mais que Dumoulin traitait cette disposition d'inepte. *Iste articulus valdè est ineptus : contrarium enim ubique observatur.*

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 507 et M. Troplong, n° 915.

(2) V° *Transport*, n° 6.

actionis verbo non continetur exceptio (1). Un arrêt de la Cour de Limoges a consacré cette doctrine (2). La Cour de Bordeaux, au contraire, l'a condamnée; et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi dirigé contre son arrêt (3); par le motif qu'il appartient aux juges du fond de statuer, d'après l'appréciation des actes, sur la question de savoir si le cédant a entendu transmettre même les actions rescindantes et rescisoires : ce qui est bien décider que ces actions ne sont point d'une nature telle qu'il faille, pour en opérer la transmission, une clause expresse et spéciale.

On s'est attaché à démontrer que les lois romaines invoquées par les anciens auteurs, pour justifier leur opinion, n'ont pas le sens qu'ils leur attribuaient (4); il me semble que cela est inutile. Sous l'empire du Code civil, tous les droits qui ne sont point attachés à la personne sont transmissibles; dès que les termes de la cession sont généraux et absolus, il est impossible d'admettre aucune exception. Si le cédant pensait que son honneur et sa réputation pussent être compromis par l'exercice d'une action en nullité ou en rescision, il devait l'excepter formellement du trans-

(1) Il cite un arrêt du 15 juillet 1587, Louet et Brodeau, lettre C, n° 12; Mornac, *ad rubr. tit. ff. de rescind. vend. et ad leg. 6 de in integ. rest.*

(2) Arrêt du 27 novembre 1811; Sirey, 14. 2. 103; Dalloz, v° *Vente*, pag. 914.

(3) Arrêt du 22 juin 1830; Sirey, 30. 1. 409; Dalloz, 30. 1. 307.

(4) L. 25. § 1. ff. *de Minoribus*. L. 68. ff. *mand. vel contr.* M. Duranton, tom. XVI, n° 508. M. Troplong, n° 926.

port qu'il faisait. Ne serait-il pas d'ailleurs singulier que le débiteur, contre lequel serait exercée l'action, vînt se faire le défenseur d'office de la bonne renommée du cédant, et montrât une susceptibilité que peut-être celui-ci n'éprouve pas?

Il faut donc reconnaître que tous les droits du cédant sont, à moins d'exception, transmis au cessionnaire; et qu'ainsi, par exemple, celui à qui le vendeur d'un immeuble a cédé sa créance contre l'acheteur, a, comme le vendeur, le droit de demander la résolution de la vente, à défaut de paiement du prix. (1)

223. Le cédant doit rendre au cessionnaire tout ce qu'il a retiré de la créance cédée, soit par l'effet de la compensation, soit au moyen de paiemens (2). Ceci, toutefois, ne doit pas s'entendre de ce qui aurait été payé ou compensé avant le transport; si l'acte indique l'intention de transmettre la créance, telle qu'elle est au moment de la cession, et non telle qu'elle était à son origine.

224. On a vu précédemment que du moment où le cessionnaire est saisi, soit par la signification, soit par l'acceptation, le débiteur ne peut plus payer qu'à lui; que le paiement fait au cédant ne le libérerait point envers le cessionnaire. La date des paiemens est donc de la plus haute im-

(1) Arrêts de la Cour d'Amiens, du 9 novembre 1825; Sirey, 26. 2. 189; Dalloz, 26. 2. 156; de la Cour de Bordeaux des 16 et 23 mars 1832; Sirey, 33. 2. 57.

(2) Rousseaud de Lacombe, v° *Transport*, n° 2: *Nominis venditor, quidquid vel compensatione, vel actione fuerit consecutus integrum emptori restituere compellatur.* L. 23. ff. *de hæred. vel act. vend.*

portance pour le débiteur. Antérieurs à la saisine, ils sont opposables au cessionnaire; postérieurs, ils ne le sont point. Si les quittances qui constatent les paiemens sont sous signature privée, et qu'aucun des moyens qu'énumère l'art. 1328 ne leur ait donné date certaine, il semble que le cessionnaire puisse les écarter, comme étant un tiers par rapport au cédant et au débiteur. Mais admettre ce système, c'est obliger tous les débiteurs à retirer des quittances authentiques, ou au moins enregistrées, lorsqu'ils font des paiemens.

Les opinions ont été partagées sur la difficulté que présente la conciliation des principes sur la certitude de la date des actes sous seing privé, avec l'usage si fréquent des quittances sous signature privée, non enregistrées.

Les uns ont cru que la règle écrite dans l'art 1328, devait être observée (1); d'autres,

---

(1) M. Troplong, dans son Traité des hypothèques, tome II, pag. 334, examinant un arrêt de la Cour de Lyon, du 26 décembre 1823, qui a admis des quittances sans date certaine, soutient qu'il est en opposition avec les vrais principes. « Sans doute, dit-il, le débiteur peut faire des paiemens à son créancier direct, tant que la cession ne lui est pas connue; mais il faut qu'il justifie ces paiemens *par des quittances ayant date certaine avant la cession;* sans cela, il n'y aurait jamais de cession que la fraude ne pût facilement rendre préjudiciable au cessionnaire. . . . . . On se récrie sur l'infortune du débiteur, qui serait obligé de payer deux fois. Mais comment prouve-t-on qu'il a payé une première fois avant la cession? L'acte sous seing privé ne fait pas preuve à cet égard, puisqu'il ne porte pas de date certaine, et qu'il est très facile qu'il soit antidaté. D'ailleurs, si le débiteur a payé la totalité de la dette, pourquoi a-t-il eu l'incurie de ne pas retirer le titre? s'il n'a payé qu'une partie, pourquoi n'a-t-il pas fait tenir note en marge des à-compte? N'y a-t-il pas ici

que les quittances sous seing privé pouvaient être admises, si elles étaient produites immédiatement après la signification du transport (1). Quelques-uns ont pensé que plus de latitude devait être accordé au débiteur, et qu'il fallait laisser aux tribunaux le soin d'apprécier, d'après les circonstances, la vérité de la date apposée aux quittances (2). Enfin il a été décidé que, le cessionnaire étant l'*ayant-cause* du cédant, on pouvait lui opposer les quittances émanées de celui-ci, comme on les opposerait au cédant lui-même. (3)

Il faut choisir entre ces différens systèmes :

Dans la rigueur des principes, le premier ou le

---

une faute assez lourde de la part du débiteur, pour qu'on ne le favorise pas aux dépens de l'acheteur de bonne foi? » J'ai cru devoir transcrire ce passage qui présente dans toute leur force les raisons propres à justifier un système, contre lequel s'élèvent presque tous les auteurs et que M. Troplong, lui-même, a sans doute abandonné, puisque, dans son Traité de la vente, n° 920, il pense, avec M. Delvincourt, que les quittances peuvent être admises, si elles sont produites incontinent après la cession.

(1) Charondas, Obs. v° *Cession*, arrêt du 20 février 1565; Bourjon, liv. III, tit. III, sect. II, n° 12; Ferrières, sur l'art. 108 de la coutume de Paris; M. Delvincourt, tome III, notes, page 170, M. Troplong, n° 920. *Voy.* la note précédente.

(2) Rousseaud de Lacombe, v° *Transport*, n° 20; M. Duranton, tome XVI, n° 504, pour démontrer que les quittances du cédant peuvent être opposées au cessionnaire, dit que le cessionnaire est l'ayant-cause du cédant, lui qui a si vivement soutenu contre M. Toullier que l'acheteur n'est pas l'ayant-cause du vendeur. Mais il a senti que, par cette assertion, il se mettait en opposition avec lui-même; aussi il indique l'argument, mais il semble aussitôt l'abandonner. Il est assez difficile de dire quelle est la valeur qu'il lui attribue.

(3) Arrêt de la Cour de Lyon, du 26 décembre 1823; Sirey, 25. 2. 149; M. Toullier, tome VIII, n° 249 et 250.

dernier est le seul vrai. En effet, le cessionnaire doit être considéré comme ayant cause du cédant, ou comme un tiers. S'il est son ayant-cause, les quittances font foi de leur date contre lui, d'après l'art. 1322; s'il est un tiers, les quittances n'ont pas de date certaine, aux termes de l'art. 1328. Mais on a généralement senti que l'on ne devait pas faire dépendre la solution du problème de l'application sévère de ces dispositions; que de graves considérations autorisaient à les modifier. M. Duranton fait remarquer que lorsqu'une saisie-arrêt est formée, que le tiers-saisi est assigné en déclaration affirmative, à l'appui des paiemens qu'il allègue, on n'exige point de pièces justificatives, ayant acquis date certaine avant la saisie. Il pense qu'il y a même raison pour admettre, contre le cessionnaire, des quittances sous seing privé, quoiqu'elles ne soient pas enregistrées avant le transport. L'analogie des positions me paraît en effet assez grande pour justifier l'assimilation entre le créancier saisissant et le cessionnaire. Je crois que, puisque l'opinion de M. Toullier sur le sens du mot *ayant-cause* n'a pas prévalu, il n'est pas possible de dire que le cessionnaire est l'ayant cause du cédant; que dès-lors il est un tiers à son égard; que, quoique à ce titre, il fût fondé à contester la date des quittances sous seing privé, cependant l'usage constamment suivi d'admettre les quittances de cette espèce, la gravité des inconvéniens qu'entraînerait l'obligation absolue de l'enregistrement, et enfin les dispositions du Code de procédure sur l'effet de

la déclaration du tiers-saisi, autorisent à repousser l'application rigoureuse de l'art. 1328.

Les deux opinions extrêmes étant ainsi écartées, il me semble qu'il n'y a point à hésiter entre les deux autres. Je pense, avec M. Duranton, qu'il faut laisser au pouvoir discrétionnaire des juges l'appréciation de la sincérité des dates. Il est vrai que le débiteur, qui, immédiatement après la signification du transport, produira la quittance, élevera en faveur de sa sincérité une présomption très puissante. C'est un sage conseil à lui donner que de l'engager à faire cette prompte production; mais dans une foule d'occasions, elle rencontrera des obstacles; et souvent elle pourra être remplacée par des documens dignes d'une confiance égale, sinon plus grande. Une fois placé en dehors des rigueurs du texte de l'art. 1328; et lorsqu'on a reconnu qu'on pouvait, au lieu de la certitude produite par les moyens qu'indique cet article, admettre une certitude fondée sur d'autres élémens, personne n'a le droit de renfermer les tribunaux dans un cercle plus ou moins large, de leur imposer l'obligation d'admettre les quittances produites aussitôt après la signification du transport et de repousser toutes les autres. Rousseaud de Lacombe rappelle cette règle qui s'était introduite autrefois: « Débiteur doit au temps de la signification du transport déclarer qu'il ne doit rien, sinon la quittance sous signature privée de date antérieure ne serait valable »; et il dit: « Mais c'est sans fondement; rien n'oblige un débiteur de faire pareille déclaration, et s'il n'est assigné à

cet effet » (1). En un mot, c'est un bon moyen de prouver que la quittance a précédé le transport, que de la montrer dès que le transport est connu; mais ce n'est pas le seul. Les juges apprécieront la sincérité des quittances opposées au cessionnaire, comme ils prononcent sur la déclaration affirmative du tiers-saisi. (2)

225. La contre-lettre placée entre les mains du débiteur et portant que la créance est simulée n'est point opposable au cessionnaire. Le débiteur, en recevant des quittances sous seing privé, se conforme à un usage général; il est admis à les présenter au cessionnaire, comme un tiers-saisi les présente aux créanciers saisissans. Mais celui qui, par un acte ostensible, s'est déclaré débiteur, se fiant à une contre-lettre par laquelle l'existence de la dette est déclarée simulée, doit s'imputer les conséquences d'un acte sur la foi duquel a contracté le cessionnaire de bonne foi. « Je doute, dit M. Troplong (3), qu'on admît sous le Code le tempérament de l'ancienne jurisprudence qui avait égard à ces sortes d'actes, lorsqu'ils étaient notifiés au cessionnaire incontinent après la signification » (4). On vient de voir en effet pourquoi la faveur due aux quittances ne s'étend pas aux contre-lettres. (5)

---

(1) V° *Transport*, n° 20.

(2) M. Toullier, tome VIII, n°s 249 et 250.

(3) N° 921.

(4) Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, n° 11.

(5) Arrêt de la Cour de cassation, du 25 juillet 1832; Sirey, 33. 1. 347; Dalloz, 33. 1. 67.

226. Si la cession ne comprend qu'une partie de la créance, le cessionnaire a pour cette partie les mêmes actions que le cédant; mais le débiteur peut exiger que le cédant et le cessionnaire se réunissent pour recevoir en même temps la totalité de la dette. Il a le droit de ne point diviser l'exécution de son obligation; et ce serait indirectement l'y contraindre, que de le forcer de payer séparément partie de la dette au cessionnaire et partie au cédant. (1)

ARTICLE III.

Application à la dation en paiement, aux diverses subrogations et délégations, des règles relatives à la cession.

SOMMAIRE.

227. *La dation en paiement et la subrogation consentie par le créancier sont soumises aux mêmes règles que la cession.*

228. *Véritable caractère de la cession consentie par le débiteur.*

---

(1) M. Toullier, tome VII, n° 120; Dumoulin, *de divid. et individ.* 2e part. nos 6 et 7.

242. *Une acceptation tacite serait insuffisante. On ne pourrait faire résulter l'acceptation de ce que le délégataire aurait pris inscription sur les biens du délégué.*

227. Cet article est destiné à montrer jusqu'à quel point les règles relatives au mode de délivrance, à la saisine à l'égard des tiers, et en général aux effets de la cession, sont applicables à la dation en paiement, aux diverses sortes de subrogations et de délégations, et à l'indication de paiement. Je dois surtout m'attacher à signaler les différences : ce sera virtuellement indiquer les analogies.

Le rapprochement entre la cession, la dation en paiement et la subrogation consentie par le créancier, est tel, que la délivrance entre les parties et la saisine à l'égard des tiers s'opèrent par les mêmes moyens, sont soumises aux mêmes conditions, et produisent les mêmes effets. (1)

228. La subrogation consentie par le débiteur ne transmet pas la créance et les droits qui appartenaient au premier créancier ; elle les éteint, et le prêteur acquiert, dit M. Toullier (2), une créance et des droits nouveaux, que la loi, par un motif d'équité, permet au débiteur de conférer; pourvu qu'ils ne préjudicient point aux créanciers intermédiaires, ni à personne. (3)

Cette manière de caractériser la subrogation consentie par le débiteur me semble préférable

(1) *Voy.* suprà, n°s 163 et 165; M. Toullier, tome VII, n°s 118 et 134.

(2) Tome VII, n° 134.

(3) Suprà, n° 166; Renusson, chap. 14, n°s 10 et suiv.

au système qui la considère comme transmettant à la nouvelle créance, résultant du prêt fait au débiteur, les hypothèques, les moyens d'exécution, les cautions et tous les accessoires de l'ancienne créance.

A moins d'assimiler la subrogation consentie par le débiteur à la cession proprement dite, (ce que personne ne croit possible), il faut bien reconnaître que l'ancienne créance n'est point transmise au prêteur, qu'elle est éteinte par le paiement, qu'une créance nouvelle est formée : jusque-là point de division. Mais la scission commence, lorsqu'il faut décider si les hypothèques, les priviléges, les actions, en un mot les accessoires attachés à l'ancienne créance, sont transmis à la nouvelle; ou si ce sont d'autres hypothèques et priviléges, également puissans, qui sont créés par le débiteur en faveur du nouveau créancier.

Le premier système est condamné par cette réflexion décisive, que l'ancienne créance étant éteinte, de l'avis de tous, ses accessoires ne peuvent pas lui survivre et s'attacher à la créance du subrogé. Dire que la loi a pu et voulu modifier les conséquences naturelles de l'extinction de la première créance et conserver l'existence à ses accessoires pour les joindre à la créance nouvelle, c'est admettre une disposition fort extraordinaire. Il est bien plus naturel et bien plus logique de penser, avec M. Toullier, qui lui-même exprime le sentiment de Dumoulin (1), que l'ancienne créance

(1) *Secundus creditor nullam causam habet à primo; sed solùm cau-*

ayant cessé d'exister, ses accessoires ont cessé d'existér aussi; que cependant la loi a permis au débiteur d'attribuer à son nouveau créancier des hypothèques, des privilèges, des droits précisément semblables à ceux qui ont appartenu au premier, à la condition toutefois que la position des tiers n'éprouve aucun changement.

Sans doute, en permettant cette création de droits nouveaux, le législateur enlève aux tiers le bénéfice de l'extinction des droits anciens; mais il ne leur cause point un préjudice dont ils aient de justes motifs de se plaindre, puisqu'ils sont maintenus exactement dans leur état antérieur : *Non dicitur damnum inferri, sed lucrum non afferri.*

Qu'on ne croie pas au surplus qu'il soit indifférent d'adopter l'une ou l'autre opinion, qu'il n'y ait là qu'une dispute de mots et que les résultats soient les mêmes dans les deux hypothèses. On va voir qu'ils peuvent être fort différens.

229. Si la loi, et la loi seule, transportait les hypothèques de la première créance à la seconde, peu importerait qu'antérieurement à la subrogation, l'immeuble hypothéqué eût été aliéné par le débi-

---

sam habet à debitore : *et tamen succedit in ipsum jus primi*, saltem in jus simile et æquè potens, *etiam in prejudicium aliorum creditorum posteriorum primo, quibus tamen non dicitur damnum inferri sed lucrum non afferri; quià duntaxat novissimus iste loco primi subrogatur, eodem in cæteris rerum statu manente. Ideò toleratur, licet non interveniat factum primi sed duntaxat factum debitoris et hujus novissimi. Et hoc meritò moribus introductum est et jure comprobatum fuit; quia cæteris creditoribus damnum non affert : debitoribus autem prodest, quò faciliùs viam inveniant acerbiorem creditorem dimittendi, vel commodiùs mutandi. De usuris, quæst.* 37, n° 276.

teur, car l'aliénation ne pourrait modifier des hypothèques précédemment acquises. Si, au contraire, on reconnaît que les hypothèques de la créance nouvelle, quoique égales et semblables à celles qui étaient attachées à la créance éteinte, sont de création récente, sont émanées de la volonté du débiteur, on est forcé d'admettre que celui-ci n'a pu donner ces hypothèques, s'il avait précédemment vendu son immeuble. « Il se trouverait, dit M. Toullier (1), conférer une hypothèque sur la chose d'autrui, sur un fonds qui a cessé de lui appartenir. » « C'est, dit M. Delvincourt (2), la disposition de la loi 2 ff. *de pign. act.* (3), fondée sur ce que la subrogation a bien lieu en l'ancienne hypothèque, mais seulement en vertu d'un nouveau consentement du débiteur. Or, ce dernier ne peut consentir une hypothèque sur un bien dont il n'est plus propriétaire. »

M. Duranton combat cette opinion (4); et pour soutenir la sienne il est obligé de prétendre que la subrogation consentie par le débiteur transmet la créance antérieure. Après avoir dit que l'hy-

---

(1) Tome VII, n° 36.

(2) Tome II, notes, page 559 et 560.

(3) *Si debitor rem pignori datam vendidit et tradidit; tuque ei nummos credidisti, quos ille solvit ei creditori, cui pignus dederat; tibique cum eo convenit, ut ea res quam jàm vendiderat, pignori tibi esset; nihil te egisse constat; quia rem alienam pignori acceperis; eâ enim ratione emptorem pignus liberatum habere cœpisse; neque ad rem pertinuisse quod tuâ pecuniâ pignus sit liberatum.*

(4) *Voy.* tome XII, n° 317. *Voy.* aussi Pothier, sur la coutume d'Orléans tit. 20 sect. 5, n° 80.

pothèque est attribuée au subrogé, nonobstant l'aliénation qui l'a précédée, il ajoute : « Tel est l'esprit de cette subrogation dans notre droit, *parce qu'elle est plutôt de la créance*, qu'elle n'est la constitution d'une nouvelle hypothèque, à la place de celle du créancier, ou du moins d'une hypothèque semblable, comme disent les docteurs; *c'est absolument la même.* » Or, c'est là une erreur, de l'aveu de tous, de l'aveu même de M. Duranton, comme on le verra dans un des numéros suivans (1). La fausseté du principe étant démontrée, la conséquence ne saurait subsister; et il faut tenir pour constant, d'abord que, dans la subrogation opérée par le débiteur, l'ancienne créance est éteinte; que les hypothèques anciennes le sont aussi; que ce sont des hypothèques nouvelles, égales et semblables, mais non les mêmes, qui sont conférées au subrogé; qu'en second lieu, l'aliénation de l'immeuble par le débiteur, avant la subrogation, ne permet pas que ces hypothèques nouvelles soient attribuées au subrogé.

230. Quoique la subrogation légale ait une grande affinité avec la subrogation consentie par le débiteur (2), néanmoins l'aliénation de l'immeuble par le débiteur ne serait pas un obstacle à la constitution de l'hypothèque, en faveur de celui qui est subrogé légalement, comme elle l'est lorsqu'il s'agit de la subrogation qui résulte de la convention entre le débiteur qui emprunte et le tiers

---

(1) *Voy.* infrà, n° 231.
(2) *Voy.* suprà, n° 167.

qui prête les deniers nécessaires au paiement. La raison est facile à saisir : dans un cas, la volonté du débiteur est nécessaire pour conférer l'hypothèque; il faut donc que cette volonté soit efficace, et elle ne l'est point lorsqu'elle a déjà opéré l'aliénation du fonds hypothéqué; dans l'autre hypothèse, la loi seule opère la subrogation, et la puissance de ses dispositions ne peut être subordonnée aux actes qu'a jugé convenable de faire le débiteur. (1)

231. La cession transmet la créance même; par conséquent le cessionnaire a droit à la somme qui en forme le montant, encore que le prix de la cession soit moindre. Pothier examine longuement si l'on peut acheter licitement une créance pour un moindre prix que la somme due; il traite la question tour-à-tour en casuiste et en jurisconsulte. « Il n'est pas douteux, dit-il, que dans le for extérieur on peut acheter la créance d'une certaine somme d'argent, pour un moindre prix que n'est cette somme, lorsque la vente n'est pas faite avec la clause de fournir et de faire valoir cette créance, et que le vendeur ne garantit pas la solvabilité du débiteur. » Il ajoute : « que cela est même permis dans le for intérieur, pourvu que lors du contrat la solvabilité du débiteur fût douteuse. »(2)

Je n'ai point à rechercher ici ce qui est permis en morale; je ne dois m'occuper que de ce qui est

(1) M. Toullier, tome VII, n° 153; M. Delvincourt, tome II, not. pages 559 et 560.

(2) *De la Vente*, n°s 575 et suiv.

licite en droit; et je crois qu'il est incontestable aujourd'hui qu'on peut acheter une créance pour une somme moindre, alors même que le cédant s'oblige à fournir et faire valoir, et qu'il garantit la solvabilité du débiteur. En disant le contraire, Pothier semble supposer qu'il faut, pour la validité d'une vente, que la valeur de la chose vendue et le prix soient parfaitement égaux; ce qui n'est pas exact. D'ailleurs, malgré la garantie du cédant, malgré la solvabilité du débiteur cédé, il y a toujours entre la créance cédée et l'argent comptant une différence; quelques risques restent toujours attachés aux recouvremens qui paraissent le plus certains, et par conséquent la différence en moins entre le prix et la créance est toujours susceptible de justification.

Ce qui est vrai de la cession l'est également de la subrogation consentie par le créancier. Le subrogé, comme le cessionnaire, a droit d'exiger du débiteur le paiement de la somme portée au titre originaire, bien qu'il ait obtenu la subrogation moyennant une somme moindre; car cette subrogation, comme la cession, transmet la créance même.

232. M. Duranton enseigne que le subrogé ne peut réclamer que ce qu'il a payé (1); mais il se fonde, pour justifier son opinion, sur une erreur tellement évidente, que loin d'être convaincu par son argumentation, je la trouve décisive en faveur

(1) Tome XII, n° 122.

du système que je soutiens. Il dit qu'en matière de gestion d'affaires il n'est rien dû au gérant au-delà de ses déboursés et des intérêts de ses avances; jusque-là il est dans le vrai; puis il ajoute: « *et le paiement même avec subrogation de la dette d'un autre, sans mandat du débiteur, est un cas de gestion d'affaires.* » Là est l'erreur. Le texte de l'article 1236 repousse énergiquement la supposition que la subrogation laisse subsister l'action *negotiorum gestorum*. Il autorise le paiement par un tiers; il dit que ce paiement éteint l'obligation, si le tiers agit au nom et en l'acquit du débiteur, ou même s'il agit en son nom, *pourvu qu'il ne soit pas subrogé aux droits du créancier*. Si donc la subrogation a été stipulée, la première obligation n'est pas éteinte; mais si elle subsiste, le tiers n'a point fait l'affaire du débiteur; il n'y a point gestion d'affaires. (1)

Toutefois, M. Duranton modifie ce que sa proposition a d'absolu. Il dit qu'elle est *particulièrement vraie*, lorsque la personne qui a reçu le paiement avait qualité pour le recevoir, mais non pour faire vente ou cession au tiers (2). Enfin il ajoute

---

(1) Si le tiers, dit M. Delvincourt, tome II, page 169, avait payé en son nom propre, et non pas en l'acquit et au nom du débiteur, et qu'il se fût fait en outre subroger par le créancier, ce ne serait pas alors, à proprement parler, un paiement, mais une sorte de transport de la créance; et en conséquence, l'obligation du débiteur ne serait pas éteinte. Renusson, chap. 10, nos 20 et suiv.

(2) Il cite un arrêt rendu par la Cour de cassation, entre M. de Talleyrand et le sieur Bellanger, et qui a jugé que celui-ci, qui avait remboursé en assignats, en acquit et décharge de M. de Talleyrand,

qu'il faut s'attacher à l'intention qu'avaient le tiers et le créancier lors de l'acte, bien peser les circonstances de l'affaire; car s'il était démontré, d'après ce qui aurait précédé et accompagné l'opération, qu'ils ont réellement entendu, l'un faire une vente, l'autre un achat de créance, ou même simplement que c'est en faveur du tiers que le créancier a voulu renoncer à une partie de ses droits; que c'est lui qu'il a entendu faire profiter de la remise pour l'indemniser du risque qu'il avait à courir pour le recouvrement de ses déboursés ou pour d'autres motifs; alors on appliquerait les principes de la vente d'action, du transport proprement dit, de la cession pure, et le tiers aurait le droit d'exiger du débiteur le remboursement de la créance en son entier.

---

au receveur des domaines, une rente foncière de 3071 livres, n'avait point le droit de demander à M. de Talleyrand le capital nominal qu'il avait payé; qu'il ne pouvait exiger que le montant de ses déboursés réduits suivant l'échelle de dépréciation (arrêt de la Cour de cassation du 21 mars 1810. Questions de droit, v° *Subrogation*, § 1. Sirey, 11. 1. 6). Il n'y a rien à conclure de général de cette décision, non plus que de quelques autres semblables (arrêts de la Cour de cassation du 5 floréal an XII; Sirey, 4. 2. 39; de la Cour de Paris du 7 thermidor an X; Sirey, 2. 2. 311; Palais, t. 3. p. 438), 1° parce qu'elles ont été rendues en application de la loi du 11 frimaire an VI, relative aux paiemens en papier-monnaie, pour lesquels on conçoit qu'une dérogation a pu être faite aux principes généraux; 2° parce que la loi du 11 frimaire an VI s'occupe du cas où c'est le débiteur qui emprunte pour payer son créancier et qui subroge le prêteur; tandis qu'ici nous examinons les effets de la subrogation consentie par le créancier en faveur de celui qui le paie, sans le concours du débiteur; 3° parce que, dans l'espèce de l'arrêt Talleyrand, comme le fait observer M. Duranton, le receveur avait qualité pour recevoir un paiement et n'avait pas capacité pour céder les droits de l'état.

Réduite à ces termes, l'opinion de M. Duranton peut se concilier avec les inspirations de l'équité et les principes du droit. Je pense avec lui qu'on devra examiner les circonstances, rechercher si le créancier qui a consenti la subrogation à celui qui lui payait, par exemple, 1,000 fr. pour éteindre une créance de 1,500 fr., a entendu lui conférer le droit d'exiger les 1,500 fr. montant de la créance, ou seulement les 1,000 fr.; si, de son côté, le prêteur a entendu se procurer un bénéfice en acquérant, moyennant 1,000 fr., une créance de 1,500 fr.; ou s'il n'a eu en vue que de faire profiter le débiteur de la remise consentie par le créancier, en s'assurant le remboursement de ses avances. Mais, à moins de clauses ou de circonstances spéciales qui révèlent cette dernière intention, le tiers qui aura obtenu la subrogation complète et entière en tous les droits du créancier payé, sera réputé avoir voulu acquérir l'ancienne créance telle qu'elle existait, aussi bien quant à la quotité que quant aux accessoires. (1)

233. Par application du même principe, le subrogé, comme le cessionnaire, aura droit aux intérêts si l'ancienne créance en produisait; et il pourra les exiger au taux auquel ils avaient été primitivement fixés; car, je le répète, c'est l'ancienne créance avec tous ses avantages qui est transmise au subrogé et au cessionnaire. (2)

234. Les mêmes solutions ne s'appliquent point

(1) Rousseaud de Lacombe, v° *Transport*, n° 8.
(2) M. Duranton, tome XII, n° 138.

au cas où la subrogation est consentie par le débiteur. « Le débiteur, dit M. Toullier (1), est toujours censé ne subroger le prêteur que jusqu'à concurrence de la somme prêtée. » Voici comment il développe sa pensée : « J'emprunte de Paul une somme de 1,000 fr., que je destine au remboursement de Caius, à qui je dois 1,500 fr., et dans les droits de qui je subroge le prêteur. Caius se contente de la somme de 1,000 fr., moyennant laquelle il déclare me tenir entièrement quitte de celle que je lui devais, et il est déclaré que les deniers ont été fournis par Paul. Celui-ci ne sera subrogé dans les droits de Caïus que jusqu'à concurrence de 1,000 fr. »

« C'est sur ces principes qu'est fondé l'art. 10 de la loi du 11 frimaire an VI, qui porte : « quand le débiteur aura emprunté une somme en papier-monnaie, pour se libérer envers un ancien créancier, le capital ainsi prêté sera soumis à l'échelle de réduction du jour de la nouvelle obligation, sans que le nouveau créancier qui en a fourni le montant puisse se prévaloir, quant à ce, *de la subrogation aux droits* ainsi qu'à l'hypothèque ou au privilège de l'ancien créancier qui a été remboursé de ses deniers. Il en sera de même à l'égard d'un coobligé qui s'est fait subroger aux droits d'un créancier commun, en payant la part d'un autre codébiteur. »

Contre cette doctrine, dira-t-on qu'à la vérité

---

(1) Tome VII, n° 137.

c'est une créance nouvelle qui est créée au profit du subrogé; mais une créance égale et semblable à celle qui existait précédemment, et que la similitude et l'égalité doivent porter aussi bien sur la quotité de la somme due que sur la nature et le caractère des droits? On répondrait que la créance nouvelle est différente de la créance éteinte; qu'elle résulte de la gestion d'affaires ou du prêt, et qu'à cette créance ainsi constituée la loi permet d'attribuer des hypothèques, des privilèges et des accessoires égaux à ceux dont l'ancienne était accompagnée; qu'ainsi la quotité de la créance nouvelle dépend de la somme qui lui a donné naissance; que cette quotité peut donc être moindre que celle de la créance éteinte; ce qui n'empêche pas que cette créance plus faible soit garantie par des privilèges et des hypothèques égaux en puissance et en rang à ceux qui existaient précédemment.

235. Si l'ancienne créance n'était pas productive d'intérêts, le subrogé ne pourrait pas en exiger; car la subrogation n'est autorisée qu'à la condition de ne causer aucun préjudice aux créanciers postérieurs (1); et ils seraient évidemment lésés, si une créance nouvelle produisant des intérêts était élevée au rang d'une créance qui n'en produisait point. Qu'entre le débiteur et le prêteur subrogé il y ait stipulation d'intérêts, rien ne s'y oppose; mais relativement aux tiers, et si le prêteur réclame pour les intérêts les hypothèques

(1) Dumoulin, *de Usuris*, *quæst.* 37, n° 276; Renusson, *de la Subrogation*, chap. 14, n° 10.

et les privilèges qui lui appartiennent pour le capital; la stipulation est sans effet. (1)

236. Il semblerait naturel de conclure de ce qui précède, que le subrogé a droit de percevoir les intérêts au taux qui avait été fixé par l'acte constitutif de l'ancienne créance. Cependant il faut décider que si le taux légal, au moment de la subrogation, est moindre que celui qui avait été établi, en faveur du premier créancier, le subrogé ne pourra réclamer les intérêts qu'au taux légal au moment de la subrogation. « Si j'emprunte, dit M. Toullier (2), une somme pour en rembourser une qui produisait des intérêts à douze pour cent, le prêteur, quoique subrogé dans le droit du créancier, ne pourra prétendre les intérêts qu'à cinq pour cent. »

J'avoue que l'opinion opposée a des partisans et se présente sous le patronage de graves autorités. Le Répertoire de jurisprudence nous apprend qu'elle a été consacrée par un arrêt du parlement de Pau, rendu le 20 décembre 1679, dans l'espèce suivante. Alhegui, père, s'était obligé à payer à Lissalde, chirurgien, une somme de 377 fr. avec intérêts au denier dix-huit. Le 28 août 1720, Marie Desaroley, héritière du débiteur Alhegui, emprunta de Lissalde, prêtre, une somme égale pour payer le créancier Lissalde, chirurgien; l'emploi fut fait sans que le prêteur stipulât des intérêts; mais il fut subrogé aux droits, privilèges et hypothè-

(1) M. Toullier, tome VII, n° 135.
(2) Tome VII, n° 137; M. Duranton, tome XII, n° 138.

ques du créancier. Sur quoi s'est élevée la question de savoir; si Lissalde, prêteur, avait droit aux intérêts au denier dix-huit, en vertu de la subrogation, ou seulement au denier cinquante, taux légal au 28 août 1720, date du prêt. Le parlement de Pau jugea que les intérêts étaient dus au denier dix-huit. (1)

Renusson est du même avis. Il se demande si le subrogé succède non-seulement à l'hypothèque du créancier, mais aussi à ses autres droits, noms, raisons et actions, c'est-à-dire si la dette du créancier passe en la personne du subrogé, et peut produire à son profit *la même utilité* qu'avait le créancier; *si la même rente et les mêmes intérêts* continuent d'avoir cours au profit du subrogé, de même qu'ils auraient continué au profit du créancier, s'il n'avait pas été payé? Il répond que quelques jurisconsultes ont voulu limiter l'effet de la subrogation à l'hypothèque du créancier; puis il ajoute : « On peut dire que cette opinion est une erreur contraire à la nature de la subrogation et aux principes sur lesquels elle a été établie. La subrogation fait entrer le subrogé au lieu et place du créancier, et fait passer la dette du créancier en la personne du subrogé avec tous ses accessoires. La dette qui a été acquittée des deniers du subrogé peut produire, au profit du subrogé, la même utilité et les mêmes avantages qu'elle aurait produits au créancier. . . . .

(1) Recueils manuscrits des anciens avocats au Parlement de Pau. Répertoire de jurisprudence, v° *Subrogation de personne*, sect. 2, § 10.

La qualité de la dette ne change pas par la subrogation ; ce n'est qu'un changement de personnes. Le subrogé a mêmes droits que le créancier auquel il succède, et si la dette produisait rente ou autre intérêt légitime, la rente ou l'intérêt continuera au profit du subrogé. » Il cite les lois *si prior* ff. *qui potior. in pign. hab.* et *secundus* Cod. *de Pignor.*; puis il poursuit : « Les docteurs qui ont fait l'espèce de cette loi, disent en leur glose qu'un second créancier qui paie un créancier antérieur du même débiteur a droit de répéter du débiteur non-seulement ce qu'il a payé à l'ancien créancier, mais aussi les intérêts que l'ancien créancier aurait eu droit de prétendre. » (1)

La raison qui ne permet pas d'accueillir ce système se déduit du caractère même de la subrogation consentie par le débiteur. On a vu que, lorsqu'elle a lieu, la créance ancienne est éteinte ; que la créance nouvelle qui la remplace a sa source dans le quasi-contrat de gestion d'affaires, ou dans le contrat de prêt; par conséquent, sauf les hypothèques et les privilèges qu'une faveur spéciale permet de lui attribuer, elle doit être appréciée pour sa quotité et pour ses effets, d'après le fait ou le contrat duquel elle résulte, et d'après la loi en vigueur au moment du fait ou du contrat.

(1) Renusson, *de la Subrogation* chap. 14, n°s 1, 2 et suiv. On ne peut douter qu'il ne soit question dans ce passage du subrogé par le débiteur. On lit, en effet, dans le sommaire du chapitre : « Quel effet peut avoir la subrogation stipulée *par un étranger qui a prêté ses deniers à un débiteur* pour acquitter une rente ou autre dette produisant intérêt ? »

Aussi Renusson, pour soutenir sa thèse, va-t-il jusqu'à dire que la subrogation fait passer la dette du créancier en la personne du subrogé; ce qui certainement, et d'après Renusson lui-même, n'est pas vrai. En d'autres termes, le prêt fait au débiteur rend le prêteur créancier, comme il le serait s'il n'y avait point de subrogation, en ce qui touche la quotité de la somme due et le taux auquel les intérêts doivent être calculés. L'effet de la subrogation consiste à lui attribuer des priviléges, des hypothèques, des moyens d'exécution, des cautionnemens, qu'il n'aurait pas eus sans elle.

237. Le cessionnaire n'est saisi qu'au moyen de la signification du transport ou de l'acceptation par acte authentique. Il en est de même du subrogé par le créancier, qui, sous presque tous les rapports, est un véritable cessionnaire (1). Mais il en est autrement du subrogé par la volonté du débiteur, ou du subrogé par l'autorité de la loi. Ils sont saisis, à l'égard des tiers, par le seul effet de la subrogation, sans signification et sans acceptation. « Lorsque la subrogation est consentie par le débiteur ou accordée par la loi et opérée par le paiement, dit M. Toullier (2), les créanciers de l'ancien créancier n'ont plus rien à prétendre sur les droits de ce dernier, qui sont à leur égard irrévocablement éteints, quoique la loi, par sa toute-

(1) M. Toullier, tome VII, nos 118 et 134. *Voy.* suprà, nos 163, 165, 227 et suiv.

(2) Tome VII, no 164.

puissance, les fasse subsister ou leur en substitue de tout semblables en faveur du subrogé. »

Dans un autre passage, M. Toullier s'exprime de la même manière : « La remise des titres, dit-il (1), n'est pas, comme dans la subrogation consentie par le créancier, nécessaire pour transférer au prêteur la propriété de la créance contre le débiteur, ni pour prévenir la mauvaise foi du créancier qui voudrait céder ses droits à une autre personne, ni enfin pour se mettre à l'abri de la poursuite des créanciers de celui-ci ; car cette subrogation, s'opérant sans le concours de sa volonté, n'empêche point que le paiement qui lui est fait n'éteigne irrévocablement les droits qu'il avait. »

J'ajoute que pour que des tiers pussent se plaindre de l'extinction des droits de leur débiteur ou de leur cédant, pour qu'il pût s'élever des soupçons contre l'acte qui l'a dépouillé, il faudrait que cet acte émanât de lui. Lorsque c'est la loi ou une convention à laquelle il a été étranger qui l'a dessaisi, aucune réclamation de la part des tiers n'est possible contre le subrogé.

238. La délégation parfaite et la délégation imparfaite supposent, d'une part, la transmission d'une créance sur un tiers, et de l'autre, le consentement de celui-ci à payer le nouveau créancier qui lui est donné ; il y a donc dans toute délégation une véritable cession acceptée par le débiteur cédé (2) ; en conséquence, le délégué est

(1) Tome VII, n° 134.
(2) *Voy.* suprà, n° 170.

lié envers le délégataire; quoique l'acte soit sous seing privé, il ne peut plus lui opposer les exception qu'il aurait pu opposer au délégant. (1)

239. Mais pour que la délégation ait son effet, relativement aux tiers, il faut qu'elle soit faite par acte authentique; puisque ce n'est qu'à cette condition que l'acceptation d'une cession par le débiteur cédé saisit le cessionnaire. Il est, au surplus, évident que, dans ce cas, une signification ou une acceptation séparée est absolument inutile. «La délégation saisit, sans qu'il soit besoin de signification, dit Ferrière, au lieu que le transport ne saisit point.» (2)

240. Si le débiteur délégué n'est point intervenu dans l'acte, il n'y a pas de délégation proprement dite; c'est une cession ou une dation en paiement (3), qui ne saisit le cessionnaire, conformément à la règle générale, qu'au moyen d'une signification ou d'une acceptation authentique.

241. Si la prétendue délégation a lieu entre le délégant et le délégué, sans le concours du délégataire, il n'y a qu'indication de paiement (4), aucune transmission de créance n'est opérée; par conséquent, on n'a point à examiner à quel moment et de quelle manière la saisine a lieu, à l'égard des tiers.

---

(1) *Voy.* suprà, n° 216, et M. Toullier, tome VII, n° 291.
(2) Dictionnaire de pratique, v° *Transport.*
(3) *Voy.* suprà, n° 169.
(4) *Voy.* suprà, n° 169.

A la vérité, celui en faveur de qui est faite la stipulation peut, tant qu'elle n'a pas été révoquée, intervenir et déclarer qu'il l'accepte. Alors le contrat se forme, et de ce moment la propriété de la créance est transmise à l'égard des parties (1). Pour qu'elle le soit, à l'égard des tiers, il faut que l'acceptation soit faite par acte authentique. « Une acceptation sous seing privé, dit M. Toullier (2), ne suffirait pas, parce que n'ayant point de date certaine, le délégant et le créancier délégataire resteraient les maîtres de lui donner telle date qu'ils voudraient, au préjudice des autres créanciers.»

242. « A plus forte raison, poursuit-il (3), une acceptation tacite serait insuffisante, comme si le délégué avait payé quelques sommes à valoir sur la créance du créancier indiqué; car le paiement n'est censé fait, de la part du délégué, que pour s'acquitter envers le délégant et comme son mandataire. L'inscription que pourrait prendre le créancier indiqué pour délégataire, sur les biens du délégué, loin d'être une acceptation suffisante de la délégation, serait nulle; parce qu'une inscription n'est qu'un acte conservatoire qui suppose un titre préexistant, mais qui ne peut en servir ni le remplacer; parce qu'elle ne peut constituer d'obligation entre celui qui l'a requise et le prétendu

---

(1) *Voy.* suprà, n° 173.
(2) Tome VII, n° 288.
(3) Loc. cit. et n° 289.

débiteur; parce qu'enfin celui qui s'inscrit peut toujours faire rayer son inscription. » (1)

---

§ III.

De la garantie due par le cédant.

SOMMAIRE.

243. *Le cédant, comme le vendeur, est tenu à la garantie.*
244. *Caractères généraux de cette garantie.*
245. *Il y a deux sortes de garanties : la garantie de droit et la garantie de fait.*
246. *Division.*

243. Le cédant est un vendeur; en cette qualité, il est obligé à la délivrance, il est aussi obligé à la garantie, qui n'est que la délivrance continuée. (2)

244. L'étendue et la nature de la garantie ont été précédemment expliquées (3); nous avons vu

---

(1) *Voy.* aussi M. Troplong, Traité des hypothèques, tome II, n° 368; arrêt de la Cour de cassation, du 21 février 1810; Sirey, 10. 1. 209; Dalloz, v° *Hypothèque*, page 229; arrêt de la Cour royale de Metz, du 24 novembre 1820; Sirey, 21. 2. 315; Dalloz, v° *Hypothèque*, page 230.

(2) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 306.

(3) Loc. cit.

qu'elle consiste dans l'obligation : 1° d'empêcher l'éviction et d'indemniser l'acheteur, lorsque l'éviction a lieu ; 2° d'assurer que la chose vendue est propre à l'usage auquel on la destine, et qu'elle n'est pas atteinte de défauts cachés, tels que l'acheteur ne l'aurait pas acquise, ou n'en aurait donné qu'un prix moindre, s'il les avait connus.

Quoique l'art. 1693 paraisse restrictif de ces règles générales, il est certain qu'il les laisse subsister, sauf quelques modifications qui résultent de la nature même des choses, qui sont l'objet du contrat, comme on le verra dans ce paragraphe.

245. La garantie qui, en l'absence de toute convention, est imposée au cédant, se nomme *garantie de droit;* celle qui naît d'une stipulation particulière est appelée *garantie de fait.* Ces dénominations indiquent avec exactitude l'origine de chaque espèce de garantie et désignent en même temps ce qui doit servir à déterminer leur étendue et leurs effets. Elles disent que la première, conséquence naturelle des dispositions de la loi, a pour règle le *droit commun;* que l'autre, née d'une convention spéciale qui est *le fait* des parties, est soumise à l'empire de cette convention. (1)

---

(1) Loyseau, de la garantie des rentes, chap. II, n°s 1 et 2; Domat, liv. I. tit. II, sect. 10, n°s 6 et 7; Pothier, de la Vente, n° 560; Bourjon, liv. III. tit. III. sect. 3, n°s 13 et 14. Il paraît qu'en Normandie on ne s'arrêtait point aux distinctions de garantie de droit et de garantie de fait; que tout vendeur était tenu, par la nature de son contrat, de

246. Je m'occuperai successivement de la garantie de droit et de la garantie de fait; et j'examinerai ensuite si, dans la dation en paiement, dans la subrogation, la délégation et l'indication de paiement, quelque garantie est due.

ARTICLE Ier.

De la garantie de droit.

SOMMAIRE.

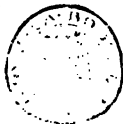
247. *Le cédant doit garantir l'existence de la créance ou du droit cédé, au moment du transport.*
248. *Ainsi, il y a lieu à la garantie, si la créance était éteinte au moment du transport par compensation, prescription, déchéance ou toute autre exception.*
249. *Il y a lieu à la garantie, si la créance existant au moment du transport appartenait à un autre qu'au cédant.*
250. *Motifs qui ont fait indiquer l'existence du droit comme l'objet principal de la garantie.*
251. *Dans les ventes de choses incorporelles, il ne peut y avoir lieu à la garantie des vices redhibitoires; mais l'absence des accessoires attachés à la créance donne lieu à la garantie.*

---

garantir, de fournir et de faire valoir la rente et de la payer, lorsque le débiteur était notoirement insolvable et après discussion. Basnage, sur l'art. 40 de la coutume de Normandie.

247. Celui qui vend une créance ou autre droit incorporel, dit l'art. 1693, doit en garantir l'existence au moment du transport, quoiqu'il soit fait sans garantie. Il ne répond point de la solvabilité du débiteur, ajoute l'art. 1694.

Ces dispositions sont puisées dans les lois 4 et 5, ff. *de hæred. vel act. vend.* ainsi conçues : *Si nomen sit distractum, Celsus libro nono digestorum scribit locupletem debitorem non esse præstandum; debitorem autem eum esse debere præstari, nisi*



aliud convenit, et quidem sine exceptione quoque, nisi in contrarium actum sit; sed si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor, si incertæ et nihil debeat, quanti intersit emptoris.

Si la créance ou le droit n'existait pas, il n'y aurait point de chose formant la matière du contrat, lequel manquerait d'un des élémens essentiels à la validité de toute convention. Il est donc évident que le vendeur doit garantir l'existence de la créance.

248. Il doit en garantir l'existence au moment de la vente; car si, ayant existé à une époque antérieure, elle était éteinte au jour du contrat, par compensation, prescription, déchéance, ou par l'effet d'une exception quelconque (1); ce serait pour l'acheteur comme si elle n'avait jamais existé.

249. Il faut enfin que la créance existe au profit du vendeur; si elle existait au profit d'un autre, la cession serait nulle, comme vente de la chose d'autrui. En d'autres termes, le cédant est garant envers le cessionnaire de l'éviction totale ou partielle, résultant de l'exercice des droits qu'aurait un tiers sur la créance cédée. (2)

«Quiconque, dit Loyseau (3), vend une dette ou une rente, est tenu de garantir qu'elle est due et

---

(1) Le débiteur doit être *sine exceptione*, l. 5. ff. *de hæred. el act. vend.* Despeisses, part. I, tit. I, sect. V, § 20, n° 20; arrêt de la Cour de cassation, du 6 octobre 1807; Sirey, 7. 1. 540; Dalloz, v° *Vente*, page 920.

(2) *Si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor*, l. 5. ff. *de hæred. vel act vend.*

(3) De la garantie des rentes, chap. III, n°s 1 et 2.

légitimement constituée, encore qu'il n'y ait aucune stipulation d'éviction ou promesse de garantie au contrat; car en tous contrats de vente indistinctement, le vendeur est tenu de trois choses par la nature du contrat pour exclure le recours de garantie : premièrement que la chose soit et subsiste; secondement qu'elle lui appartienne; en troisième lieu, qu'elle ne soit engagée ni hypothéquée à autrui; et l'une de ces trois conditions manquant, l'action de garantie a lieu. » Puis il ajoute : « Il est vrai que cette première condition, que la chose soit et subsiste, paraît davantage et est plus remarquable en vente de dettes ou rentes, qui n'ont pas leur être visible et palpable comme les autres biens meubles et immeubles. Si donc la rente n'est point due par effet; si elle n'appartient point au cédant, si elle est hypothéquée à d'autres dettes, le vendeur est en tenu, encore qu'il n'ait point promis de garantie. »

250. Cette dernière réflexion explique très bien pourquoi, dans l'ancien droit et dans le nouveau, l'existence de la créance est présentée comme l'objet spécial de la garantie due par le vendeur. On voit que ce n'est point dans l'intention de limiter et de restreindre la garantie, que c'est seulement pour qu'aucun doute ne puisse s'élever sur l'obligation imposée au vendeur de transmettre un droit actuellement existant, et pour qu'on ne puisse pas supposer que, par la simple remise d'un titre, il a rempli son engagement.

251. Il n'y a pas lieu à la garantie des vices rédhibitoires dans les ventes de choses incorporelles,

car les choses incorporelles ne peuvent être viciées, comme les objets matériels, des défauts auxquels s'applique la qualification de vices rédhibitoires. Il n'est pas possible non plus d'assimiler complètement les caractères particuliers des créances, les accessoires qui s'y rattachent, les moyens d'exécution qui les accompagnent, aux qualités physiques des choses corporelles. Cependant, de même que l'absence des qualités ou la non-existence des conditions que les parties croyaient trouver réunies dans une chose corporelle, peut entraîner la nullité de la vente, de même l'absence de quelques-uns des accessoires, sur lesquels avait compté l'acquéreur d'une créance, peut vicier la cession. Mais j'ai dit que pour que l'absence de certaines qualités soit une cause de nullité, il faut que ces qualités aient été le motif déterminant du contrat; qu'en d'autres termes, les parties n'eussent point contracté, si elles avaient su que ces qualités n'existaient pas (1). Il en est de même des accessoires de la créance: l'absence de ceux qui ont été pour le cessionnaire un motif déterminant, vicierait la cession, par conséquent le cédant doit en garantir l'existence.

252. Ainsi une créance est vendue comme privilégiée, comme hypothécaire, comme solidaire contre plusieurs débiteurs, comme accompagnée d'un cautionnement, comme pouvant s'exercer par voie de contrainte par corps; le cessionnaire a le droit d'exiger que le privilége ou l'hypothèque

(1) Tome XVI (1er de ma Continuation), nos 143 et 144.

soit en effet attaché à la créance; que les immeubles qui ont été désignés comme affectés, le soient; que la solidarité, le cautionnement et la contrainte par corps existent (1), car il n'eût point acheté la créance sans ces accessoires. En un mot, lorsque l'article 1693 dispose que le cédant doit garantir l'existence de la créance ou du droit, il n'exige pas seulement que le droit ou la créance existe, il veut qu'il existe tel que les parties l'ont entendu, environné de tous les accessoires indiqués dans la convention.

253. Cependant, si l'intention des parties n'a pas été de céder et d'acquérir certains élémens qu'on pouvait considérer comme naturellement attachés au droit cédé, le cessionnaire sera non recevable à les réclamer.

254. Un arrêt de la Cour de Lyon présente l'application de cette règle. (2)

Une société s'était formée pour les transports accélérés sur la Saône par bateau à vapeur. Elle possédait un matériel considérable, elle était déjà même en activité et faisait un service journalier de Lyon à Châlons; mais elle n'avait pas encore obtenu l'autorisation royale nécessaire pour les

---

(1) Arrêt de la Cour de Bruxelles, du 18 octobre 1822; Dalloz, v° *Vente*, n° 919; arrêt inédit de la Cour de Nancy, du 20 août 1833; cité par M. Troplong, n° 933; Despeisses, part. I, tit. I, sect. V, § 20. n° 20.

(2) Arrêt du 12 juin 1827; Sirey, 27. 2. 186; Dalloz, 28. 2. 11. Un autre arrêt du 26 avril, rendu par la même Cour, a décidé de la même manière, dans une position semblable. *Voy.* loc. cit.

sociétés anonymes. Dans cette position, plusieurs actions de cette compagnie furent vendues; il paraîtrait même que dans les cessions elles furent désignées sous le titre d'actions dans la société *anonyme* des transports accélérés sur la Saône par bateaux à vapeur. Cependant, l'autorisation qui était sollicitée fut refusée par le gouvernement, et la société fut dissoute. Les cessionnaires prétendirent alors qu'il leur était dû garantie; que les actions qui leur avaient été cédées n'avaient pas d'existence, au moment de la vente, puisque la société anonyme elle-même n'existait pas. Les cédans répondirent que l'intention commune des parties avait été de vendre et d'acheter des actions sur l'association de fait établie à l'époque du contrat; qu'ils n'étaient donc garans que de l'existence de droits dans l'entreprise déjà en activité pour le transport sur la Saône. Leur système a été adopté; les motifs de l'arrêt, en expliquant les raisons qui l'ont fait accueillir, développent les règles qui doivent servir à déterminer, dans de semblables occasions, l'étendue de la garantie. « Attendu, y est-il dit, qu'en admettant qu'Aynard frères aient vendu à Dumoy fils, des actions dans la société *anonyme* des transports accélérés sur la Saône, par bateaux à vapeur, cette circonstance ne saurait rendre plus favorable la position de Dumoy; qu'en effet, il est de principe que l'on doit rechercher dans les conventions quelle a été la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes; qu'en appliquant ces principes à la cause, et se re-

portant au moment où les parties ont contracté, il est évident que ce n'est point la qualification d'anonyme donnée à la société qui a déterminé Dumoy fils, à acheter les actions dont il s'agit; mais bien *l'existence de fait* de l'association connue sous le nom de transports accélérés par bateaux à vapeur, les succès qui avaient signalé cette entreprise dès son début, l'accroissement de valeur des actions, et enfin les espérances de bénéfices considérables qu'elle avait fait concevoir pour l'avenir; que l'on doit d'autant moins hésiter à le penser ainsi, que le prix des actions a été payé comptant, le jour même du transport, sans aucune protestation ni réserve pour le cas où la Société *projetée anonyme* ne recevrait pas l'autorisation du gouvernement; que cette circonstance exclut évidemment l'idée que Dumoy fils ait entendu subordonner la validité de son engagement à l'obtention de l'ordonnance royale nécessaire pour conférer à l'entreprise la qualification d'anonyme; que l'intention de Dumoy fils a été uniquement de se mettre, moyennant le prix par lui payé, au lieu et place d'Aynard frères, dans une société déterminée et bien connue de lui; que le contrat intervenu à cet égard entre les parties a été par sa nature aléatoire, et que Dumoy fils a dès-lors nécessairement pris sur lui toutes les chances, bonnes ou mauvaises, que cette société pouvait subir; que si, en effet, l'entreprise eût continué à prospérer, et que la société eût réalisé des bénéfices, Dumoy aurait incontestablement aujourd'hui le droit d'en réclamer sa part, à rai-

son des deux actions qui lui ont été cédées, sans qu'Aynard frères pussent s'y opposer; que, par réciprocité, il y a lieu de décider qu'en cas de pertes, c'est aussi Dumoy qui doit en supporter sa part contributive, sans répétition envers ses cédans; qu'ainsi, le droit et l'équité se réunissent dans la cause pour faire rejeter l'action de l'intimé. »

255. C'est donc, je le répète, l'existence du droit telle que les parties l'ont entendue, dont il est dû garantie par le vendeur; et c'est dans les stipulations du contrat, dans les circonstances particulières qui l'on accompagné qu'il faut rechercher l'intention des contractans.

256. Il suit de là que, lorsque la somme d'une créance est fixée, il est dû garantie, non à la vérité que la créance produira la somme désignée, mais qu'elle existe pour cette somme : *Si certæ summæ debitor dictus sit, in eam summam tenetur venditor* (1). « En principe, il y a lieu à la garantie, dit un arrêt de la Cour de Metz confirmé par la Cour de cassation (2), de la part du cédant d'une créance; lorsque, même sans son fait et par un motif autre que l'insolvabilité du débiteur, la créance vient à subir une diminution dont la cause est antérieure à la cession. Ce principe est textuellement consigné dans l'art. 1693. »

257. Ceci d'ailleurs ne s'applique pas exclusivement au cas où la quotité de la créance est indiquée par un chiffre. Toutes les fois que certains

(1) L. 5. ff. *de hæredit. vel. act. vend.*

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 18 décembre 1832; Sirey, 33, 1. 59; Dalloz, 33, 1. 103.

élémens, qui peuvent avoir de l'influence sur la valeur des droits, objet de la cession, ont été indiqués, le cessionnaire a le droit d'exiger que tous ces élémens se trouvent réunis, et d'agir en garantie si, à défaut de quelques-uns d'entre eux, les droits qu'il a acquis sont moindres qu'ils n'auraient été.

L'arrêt de la Cour de Metz, que je viens de citer, a été précisément rendu dans une espèce où, en laissant la valeur des droits incertaine, les parties avaient cependant déterminé des causes qui pouvaient influer sur leur quotité.

Un héritier avait cédé les droits qui lui appartenaient sur le prix de vente d'un immeuble de la succession. Il était dit dans l'acte que les droits étaient cédés, *à quelque somme qu'ils pussent se monter*; mais d'un autre côté, il était expliqué que le cessionnaire devrait souffrir le prélèvement de quatre créances spécialement désignées, sans qu'à raison du prélèvement il eût aucun recours en garantie contre le cédant. Dans la liquidation, il s'est trouvé plus de quatre créanciers ayant droit de se faire payer sur le prix. Le cessionnaire a formé une demande en garantie contre le cédant. Celui-ci a répondu qu'il ne devait garantir que l'existence du droit cédé; que ce droit existait; que, par conséquent, le cessionnaire était mal fondé dans sa prétention. Le cessionnaire a répliqué qu'à la vérité la valeur du droit n'était pas déterminée, mais qu'il avait été stipulé que quatre créances désignées seraient seules prélevées sur le prix dont la cession avait été faite; qu'un plus grand nombre de créanciers avaient le droit de

prélever ce qui leur était dû; qu'ainsi l'objet cédé n'était pas tel que les parties l'avaient entendu; que la valeur des droits cédés était évidemment moindre qu'elle n'eût été, si les faits étant d'accord avec les promesses, les quatre créances déterminées avaient été seules prélevées. Ce raisonnement a été accueilli comme il devait l'être, et le cédant a été soumis à la garantie.

258. On a déjà vu que c'est le moment du contrat qu'il faut considérer, pour apprécier les effets de la garantie; en conséquence, si des faits postérieurs au jour de la cession ont anéanti ou modifié les droits cédés, le cédant n'est tenu d'aucune garantie, parce que de ce jour le cessionnaire est devenu propriétaire et que la chose cédée a été à ses risques et périls. « Il est indubitable, dit Loyseau (1), que comme le péril de la chose regarde l'acheteur après la vente parfaite, aussi les accidens qui surviennent sur la rente même sont au dommage du cessionnaire, comme, par exemple, quand, par l'édit fait depuis peu, on a rabattu le tiers des arrérages dus des rentes; ou s'il arrivait qu'on modérât les rentes au denier quinze ou seize; bref, s'il survenait quelque semblable mutation, il est certain que tels dommages tomberaient sur les acheteurs des rentes, et qu'ils n'en auraient nul recours contre les cédans, non pas même en vertu de la clause *de payer soi-même.* » (2)

(1) Chap. VI, n° 18.
(2) *Voy.* dans l'article suivant, l'effet de cette clause.

Ainsi, l'action en garantie a été déclarée non recevable contre celui qui avait vendu une créance communale, devenue plus tard créance nationale, et qui a été frappée de déchéance, pour défaut de production de titres dans les délais prescrits. Un double motif empêchait d'accueillir la demande du cessionnaire : d'abord, c'était par sa faute que la déchéance avait été encourue ; en second lieu, la créance n'ayant cessé d'exister que depuis la vente, la perte ne pouvait peser que sur lui. (1)

259. Si l'évènement, quoique survenu depuis la cession, avait une cause antérieure, le cédant en serait responsable, suivant les règles que j'ai exposées en traitant de la garantie en général. (2)

260. Il n'est point tenu de la prescription commencée avant et accomplie depuis la cession ; parce que véritablement la cause de l'extinction du droit est postérieure à la cession, quoique la prescription ait commencé long-temps avant ; et en outre parce qu'il y a un reproche de négligence à faire au cessionnaire. (3)

261. Telles sont les obligations imposées au cédant par la disposition qui l'assujettit à garantir l'existence du droit cédé ; mais il n'est tenu de garantir ni la solvabilité du débiteur et des cautions, ni l'efficacité des hypothèques. (4)

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 30 mai 1826; Sirey, 27. 1. 215; Dalloz, 26. 1. 290.

(2) Tome XVI (I[er] de ma Continuation), n° 314.

(3) Tome XVI (I[er] de ma Continuation), *ib.*

(4) Art. 1694.

« La garantie, dit M. Toullier (1), ne consiste qu'en ce que la créance cédée est réelle, ou qu'elle existe et qu'elle appartient au cédant; mais non pas qu'on en puisse tirer quelque chose, ou que le débiteur soit solvable, car la créance sur une personne insolvable n'en est pas moins une véritable créance; le débiteur insolvable n'en est pas moins un véritable débiteur. »

Bourjon exprime plus laconiquement la même idée, en disant : que le vendeur doit la garantie que la créance cédée était *due*, non qu'elle était *bonne*. (2)

262. Le cédant est d'ailleurs garant de ses faits personnels ; c'est une conséquence de la nature même du contrat de vente.

Si les faits ont précédé la cession et donné naissance à des droits dont l'exercice dépouille le cessionnaire, il est certain que les droits cédés n'existaient pas au moment du contrat, ou du moins qu'ils n'existaient pas tels que le cessionnaire avait eu l'intention de les acquérir.

Si les faits sont postérieurs à la cession, ils constituent une infraction formelle à l'engagement que tout vendeur contracte nécessairement de conserver la chose dans la puissance et possession de l'acheteur. Ainsi, dans les deux hypothèses, la garantie est due. (3)

---

(1) Tome XIV, n° 273, page 314.

(2) *Emptori nominis de periculo* in substantiâ non in qualitate, *venditor tenetur*. Godefroy, sur les lois 4 et 5 ff. *de hæred. vel act. vend.*

(3) Cod. civ. art. 1628, Tome XVI (I[r] de ma Continuation), n° 320.

263. Les effets de la garantie de droit imposée au cédant ne sont pas déterminés par des dispositions spéciales; ce sont, par conséquent, les règles générales sur les effets de la garantie due par le vendeur, qui doivent être appliquées. Ainsi, lorsque le cessionnaire exerce son recours, il a droit d'exiger la restitution du prix, les frais et loyaux coûts du contrat, les frais faits sur la demande en garantie, ceux de l'instance dirigée par le demandeur originaire, et enfin les dommages-intérêts. (1)

Le cessionnaire n'est donc pas fondé à réclamer le montant de la créance cédée. Il ne peut répéter que la somme qu'il a payée. M. Duranton (2) et M. Troplong (3) font remarquer qu'il en doit être ainsi; parce que la non-existence du droit cédé entraîne la nullité du contrat et que les parties doivent être remises au même et semblable état qu'avant la cession; parce que d'ailleurs, l'article 1694 décide que, lorsque le cédant a garanti la solvabilité du débiteur, il n'est tenu que jusqu'à concurrence du prix qu'il a reçu, et que son obligation ne peut pas être plus étendue lorsqu'il n'a rien promis. Ces considérations, dont je ne conteste pas la justesse, ont l'inconvénient d'envelopper et d'obscurcir un peu l'idée simple, sur laquelle repose la solution. Il me paraît préférable de dire que le cédant est tenu de rendre la

---

(1) Cod. civ. art. 1630. Tome XVI (I[er] de ma Continuation), n° 356; M. Duranton, tome XVI, n[os] 512 et suiv.; M. Troplong, n° 945. Domat, liv. I, tit. II, sect. X, n° 24.

(2 et 3) Loc. cit.

somme qu'il a reçue, et non le montant de la créance qu'il a cédée; parce qu'aux termes de l'article 1630, c'est le prix de la vente, et non la valeur de la chose vendue, que doit restituer le vendeur à l'acheteur évincé.

Si le cessionnaire, en exerçant le droit qu'il a acquis, a fait des frais inutiles contre le débiteur cédé, celui-ci ayant prouvé que le droit n'existait pas, il est évident que le cédant sera tenu du remboursement de ces frais, à titre de dommages-intérêts. (1)

Si le droit cédé n'existait que pour partie, le cessionnaire pourra demander la résiliation du contrat; pourvu toutefois que la partie du droit dont il est privé, soit de telle conséquence qu'il n'eût point acheté sans cette partie (art. 1636.) Si, nonobstant l'éviction d'une partie de la créance ou du droit cédé, la cession est maintenue, le cessionnaire aura droit à une restitution proportionnelle du prix. Ce n'est pas ainsi que l'art. 1637 du Code civil règle les effets de la garantie due par le vendeur, au cas d'éviction partielle; il prescrit le remboursement de la valeur de la partie, dont l'acheteur est évincé, suivant l'estimation à l'époque de l'éviction. Mais cette disposition, qui modifie le principe général consacré par les articles 1630 et 1631, a été déterminée par des considérations qui n'ont aucune force, lorsqu'il

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 27 mars 1833; Sirey, 33. 1. 262.

s'agit de ventes de choses incorporelles (1); elle ne peut donc recevoir ici son application.

ARTICLE II.

De la garantie de fait.

SOMMAIRE.

264. *Définition de la garantie de fait.*
265. *Il n'est point dû de garantie; il n'y a pas même lieu à la restitution du prix, lorsque la chose est vendue comme litigieuse, ou qu'elle est vendue aux risques et périls du cessionnaire.*
266. *Toutefois il faut qu'en déclarant que la chose est aux risques du cessionnaire, on ait formellement entendu dire qu'en cas de non-existence de la chose, il ne serait pas dû de garantie.*
267. *La stipulation* de non garantie *ne dispense point de la restitution du prix.*
268. *Elle met seulement le cédant à l'abri des dommages-intérêts.*
269. *La clause* de non-garantie *n'a point d'effets plus étendus, quoiqu'on y ait ajouté :* sans restitution de deniers.
270. *Caractères que doivent présenter les clauses exclusives de toute garantie.*
271. *Des clauses qui donnent à la garantie plus d'étendue.*
272. *La simple promesse de* garantie *rend le cédant garant de la solvabilité actuelle du débiteur.*

---

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 375.

273. *La clause* de fournir et faire valoir *rend le cédant garant de la solvabilité actuelle et future du débiteur.*
274. *La promesse* de payer, à défaut du débiteur, *a les mêmes effets que la clause* de fournir et faire valoir.
275. *Le cédant cesse d'être tenu de la garantie, si l'insolvabilité résulte* du fait *du cessionnaire, qui, par exemple, aurait donné main-levée des hypothèques.*
276. *En est-il de même lorsque c'est, non le fait, mais la négligence du cessionnaire qui est cause de la perte des hypothèques, par exemple, s'il les a laissé prescrire ou purger?*
277. *Opinion de Loyseau, de Louet, de Despeisses, de Rousseaud de Lacombe, de Pothier, de Dumoulin, de MM. Delvincourt, Toullier et Troplong. Discussion.*
278. *Solution.*
279. *La garantie cesse d'être due, lorsque le défaut de paiement résulte de la négligence qu'a mise le cessionnaire à poursuivre le débiteur à l'échéance.*
280. *De la clause* de payer, si le débiteur ne paie point, sans que le cessionnaire ait aucune poursuite à faire contre le débiteur, ou après un simple commandement.
281. *Que peut réclamer le cessionnaire, lorsque la cession est faite avec simple promesse de garantie?*
282. *Lorsqu'elle est faite avec la clause de fournir et faire valoir, ou promesse de payer soi-même?*
283. *Lorsqu'elle est faite avec promesse de payer, sans poursuite préalable contre le débiteur, ou après un simple commandement?*
284. *Dans quels cas le cessionnaire a-t-il la voie d'exécution contre le cédant?*
285. *De la garantie due par celui qui cède un marché commercial.*

264. La volonté des parties peut étendre ou restreindre les effets ordinaires de la garantie, qui, ainsi modifiée par la convention, se nomme ga-

rantie de fait (1). Elle peut même affranchir le cédant de tout recours. Quelquefois les circonstances qui ont accompagné la convention produisent seules ce résultat.

265. Il n'est dû aucune garantie et le cédant n'est pas même tenu de restituer le prix, lorsque le contrat exprime que le droit est vendu comme litigieux, que le cessionnaire l'acquiert à ses risques et périls, ou que, par d'autres expressions équipollentes, la convention reçoit un caractère aléatoire. Il est évident qu'alors la restitution du prix n'est pas due au cessionnaire évincé; car le prix n'est pas précisément l'équivalent de la chose qui est désignée dans la cession, il est seulement la représentation des prétentions plus ou moins bien fondées que le cédant avait sur cette chose. Le cessionnaire ne peut se plaindre de ce que les chances auxquelles il a voulu s'exposer ont tourné contre lui. (2)

266. Toutefois, pour que la déclaration du cessionnaire, qu'il prend la chose cédée à ses risques et périls, affranchisse le cédant de l'obligation de garantir l'existence de la chose, il faut que l'intention des parties, en employant cette formule, ait été d'exprimer qu'il y a incertitude sur l'existence même du droit, et que, si ce droit n'existe pas, la perte sera pour le cessionnaire qui se soumet à toutes les chances. Si, au contraire, l'on a

(1) *Voy.* suprà, n° 245; Domat, liv. I, tit. II, sect. X, n° 7.

(2) *Voy.* suprà, n° 75, et tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 39.

voulu dire seulement que le cédant n'entend point garantir la solvabilité du débiteur, ni répondre des difficultés et des frais du recouvrement, la non-existence du droit donnera ouverture à l'action en garantie. Sans doute, il sera ordinairement difficile d'établir que la clause n'est pas exclusive de toute garantie, mais il faut reconnaître que cela est possible, et la jurisprudence n'est point sans précédens à cet égard. On peut citer notamment un arrêt de la Cour de cassation, du 20 janvier 1830.(1)

Une maison vendue sur expropriation forcée avait été adjugée avec cette clause, que les intérêts du prix courraient à compter du 1er octobre 1817, mais qu'aussi l'adjudicataire aurait droit aux loyers de la maison, à compter de la même époque; à l'effet de quoi, portait le cahier des charges, il est subrogé dans tous les droits du vendeur, *sans néanmoins aucune garantie desdits loyers, et à la charge par l'adjudicataire de les répéter à ses risques et périls*. Or, une partie des loyers n'était pas due; elle s'était compensée avec certaines sommes dues au locataire pour des réparations qu'il avait faites à la maison. L'adjudicataire a refusé, par ce motif, de payer les intérêts du prix, pour le temps durant lequel il n'avait pas de loyers à percevoir. On lui a opposé la clause qui mettait les loyers à ses périls et risques. Il a répondu qu'elle avait pour effet, dans l'espèce, d'affranchir les vendeurs de la garantie du *paiement*, mais non de la garantie *de l'existence* des loyers; qu'autrement

(1) Sirey, 30. 1. 74; Dalloz, 30. 1. 90.

elle eût été une véritable déception pour l'adjudicataire. La Cour de Paris a décidé dans ce sens, et la Cour de cassation a reconnu qu'une pareille interprétation n'avait rien de contraire aux lois sur la garantie.

267. La stipulation, que la cession est faite *sans garantie*, ne dispense point le cédant de la restitution du prix; les articles 1629 et 1693 ne peuvent laisser de doute sur ce point (1). Mais si, à l'époque du contrat, le cessionnaire connaissait le caractère litigieux du droit, les causes d'incertitude ou le danger d'éviction; cette circonstance, unie à la clause de non-garantie, met le cédant à l'abri de tout recours; elle le dispense même de la restitution du prix. Peu importe, d'ailleurs, que le cessionnaire ait connu le risque par la déclaration du cédant ou par tout autre moyen. (2)

268. Je viens de dire que la restitution du prix est due, nonobstant la clause de non-garantie; cependant cette clause n'est pas absolument inutile; elle a pour effet d'affranchir le cédant des dommages-intérêts. L'article 1693 du Code civil n'est pas en opposition avec cette opinion : il dispose que le cédant doit garantir l'existence du droit cédé, quoique le transport soit fait sans garantie; il indique par là que l'obligation de garantie subsiste, mais il ne s'explique pas sur ses effets et il laisse, par conséquent, à la clause de *non-garan-*

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 21 novembre 1825; Sirey, 26. 1. 86; Dalloz, 26. 1. 51, et du 9 *février* 1830; Sirey, 30. 1. 208.
(2) Tome XVI (Ier de ma Continuation), [illegible]

tie la puissance qui lui a toujours été attribuée, de mettre le vendeur à l'abri des dommages-intérêts (1). Il me paraît d'autant plus convenable d'admettre ce résultat que, si on le repousse, la cession faite, sans aucune stipulation relative à la garantie, produit absolument les mêmes effets que celle dans laquelle le cédant a formellement manifesté l'intention de se décharger de la garantie. Or, les contractans connaissent la loi, ou du moins ils sont censés la connaître; ils savent donc que, dans le silence de la convention, le cédant est garant de l'existence du droit, mais non de la solvabilité du débiteur. Est-il présumable que, sans autre intention que de produire un effet que la loi produirait seule, ils aient déclaré expressément que la cession est faite sans garantie? N'est-il pas plus raisonnable de penser qu'ils ont voulu, en ajoutant cette clause, atténuer les effets ordinaires de la garantie, et, en laissant subsister pour le cédant l'obligation de restituer le prix, proscrire toute demande de dommages-intérêts?

269. A la clause de non-garantie, on ajoute quelquefois *sans restitution de deniers*. Il ne faut voir dans cette addition qu'une de ces stipulations redondantes, si souvent employées dans les con-

(1) Art. 1629 et 1630 Cod. civ. « La clause, dit Pothier, *Traité de la Vente*, n° 186, par laquelle le vendeur stipule qu'il ne sera tenu d'aucune garantie, empêche bien qu'il ne soit tenu des dommages-intérêts de l'acheteur, faute de pouvoir faire cesser les évictions, et accomplir la promesse qu'il lui a faite de lui faire avoir la chose; mais cette clause ne le décharge pas de la restitution du prix dont il est tenu *condictione sine causâ*. »

trats et qui ne changent rien à leurs effets. Ainsi, dans ce cas comme dans celui où la cession est faite simplement *sans garantie*, le cédant doit garantir l'existence de la chose cédée. L'ancienne jurisprudence offre plusieurs arrêts qui l'ont ainsi décidé. (1)

270. Beaucoup d'autres clauses peuvent être employées par les parties pour exprimer l'intention d'atténuer les effets de la garantie. On ne doit pas songer à indiquer toutes les formes dont il peut convenir aux contractans de revêtir leur pensée; il serait également difficile de rappeler toutes celles dont on a déjà fait usage; mais il est possible de présenter quelques réflexions utiles sur l'influence qu'il convient d'attribuer aux stipulations touchant la garantie, quelles qu'elles soient.

Le cédant doit garantir l'existence des droits cédés, par la raison que pour que le contrat lui-même existe, il faut qu'il y ait une chose qui en

---

(1) Quand la cession en vertu de laquelle le cessionnaire a reçu est annulée pour minorité, dit Rousseaud de Lacombe, v° *Garantie*, n° 11, le débiteur qui a remboursé la rente au cessionnaire, la doit continuer au cédant, et le cessionnaire doit restituer au débiteur ce que le débiteur lui a payé, quoiqu'il soit dit par la quittance, *sans restitution de deniers*, parce qu'en ce cas, le cessionnaire *suum non recepit*. C'est ce qui a été jugé par arrêt du 29 janvier 1667, Journal des audiences, où le fait n'est pas exactement rapporté. C'est aussi ce qui a été jugé à Rouen par plusieurs arrêts. Basnage, sur la coutume de Normandie, art. 40, page 98, dans le cas où la femme et son mari ont aliéné la rente dotale de la femme. M. Troplong, n° 937, expose avec beaucoup d'étendue les faits sur lesquels est intervenu l'arrêt du 29 janvier 1667; mais je ne vois pas ce que ces développemens ont d'utile.

soit l'objet. La convention peut, il est vrai, affranchir le cédant de cette garantie, qui est une conséquence naturelle de sa qualité de vendeur; mais ce n'est qu'en changeant le caractère du contrat, en le rendant aléatoire. Ainsi nous avons vu que le cédant cesse d'être garant de l'existence de la chose, lorsqu'elle est vendue comme litigieuse, comme incertaine; lorsque le cessionnaire la prend à ses risques et périls; ou lorsqu'il laisse insérer la clause de non-garantie, connaissant bien le danger d'éviction, ou l'incertitude du droit qu'il achète; parce qu'alors il y a volonté formelle de courir les chances de non-existence de la *chose* cédée.

Pour qu'une clause affranchisse le cédant de toute obligation de garantir l'existence du droit, il faut donc qu'elle exprime clairement qu'il y a des chances à courir, que l'existence de la chose est douteuse, que le cessionnaire connaît le danger, et qu'il s'en charge. Si cette intention n'est pas manifestée, la clause, quels que soient ses termes, ne doit être considérée que comme ayant pour objet de décharger le cédant de la garantie de la solvabilité du débiteur; ou comme modifiant les effets ordinaires de la garantie de l'existence de la chose, en ce qui touche les dommages-intérêts. En un mot, tout cédant est réputé promettre et garantir que la chose cédée existe, à moins qu'il ne soit nettement exprimé qu'il a vendu, sans affirmer l'existence de la chose.

Selon Bourjon, il résulte toujours une certaine garantie d'un transport, quoique la lettre

semble l'exclure : « 1° parce qu'il y aurait dol de la part d'un cédant qui exigerait un prix d'une dette non existante, dol qui anéantirait le contrat; 2° parce que la décharge de garantie ne tombe que sur la solvabilité du débiteur, et non sur le fait du cédant, fait dont il est toujours garant; la non-existence de la dette cédée étant son fait personnel, il est toujours garant de son fait. » (1)

Mais, comme je viens de l'expliquer, on ne pourrait plus accuser de dol le cédant, ni prétendre que la non-existence de la dette est son fait personnel, dont il doit la garantie, lorsqu'il aurait annoncé lui-même que l'existence de la chose était incertaine.

271. Je dois maintenant indiquer les clauses qui sont employées pour donner à la garantie plus d'étendue.

272. La simple promesse de *garantie* n'ajoute rien dans les ventes ordinaires aux effets de la garantie de droit. (Code civil art. 1630.) Dans les cessions, au contraire, elle les augmente; elle emporte garantie de la solvabilité du débiteur, au moment du contrat. Il en est de même, à plus forte raison, des stipulations plus explicites, portant *garantie de fait*, ou *garantie de tous troubles ou empêchemens quelconques.*

Loyseau, après avoir rappelé que ces formules avaient paru aux uns insuffisantes pour imposer au cédant la garantie de la solvabilité actuelle du

(1) Liv. III, tit. III, sect. III, n° 20.

débiteur (1), et aux autres, au contraire, assez puissantes pour rendre le cédant garant même de la solvabilité future, décide qu'elles imposent seulement la garantie de la solvabilité actuelle. Les raisons sur lesquelles il se fonde sont pleines de sens et de justesse.

« *Garantir une vente*, dit-il, qu'est-ce autre chose sinon la faire bonne, c'est-à-dire bien payable et perceptible? et n'y a homme qui ait le jugement naturel, qui l'interprète autrement; et il est à croire que tous ceux qui mettent cette clause en leurs contrats pensent que cette charge et obligation y est entendue. Outre cela, ajoute-t-il, quelle apparence y aurait-il qu'en un contrat de bonne foi le vendeur eût l'argent de l'acheteur, et l'acheteur n'eût rien que du papier, c'est-à-dire une dette nullement payable? qui est la raison de la loi *emptorem* ff. *de act. empt.*, principalement quand l'acheteur s'est voulu assurer d'une promesse spéciale de garantie, qui exclut toute présomption qu'il ait entendu prendre la dette à ses périls et fortunes. Car puisque les mots doivent être entendus avec l'effet, il est certain qu'à le bien prendre, ce n'est pas une vraie dette qu'une dette imperceptible.» (2)

---

(1) Il nous apprend que pour soutenir cette opinion, on se fondait sur ce qu'il ne fallait pas que la clause de garantie *opérât plus ès rentes, qu'ès autres ventes*, et principalement sur les lois *si nomen de hered. vend.* et *si plus* § *ult.* ff. *de evict*; mais il fait remarquer que ces lois parlent du cas où il n'y a aucune promesse de garantie au contrat, chap. III, n° 11.

(2) Chap. III, n°s 16 et 20.

Il explique aussi pourquoi c'est la solvabilité au jour du contrat qui seule est garantie. Il fait remarquer que jusqu'au moment du contrat la chose est aux risques du vendeur, et que depuis la vente elle est aux risques de l'acheteur; qu'il serait donc naturel de regarder l'insolvabilité, existant au moment de la cession, comme étant à la charge du cédant; que si l'on a affranchi celui-ci de la garantie de cette insolvabilité contemporaine du contrat, c'est parce qu'on présume que les parties ont entendu vendre et acheter la chose *telle qu'elle était*; mais que, lorsque la clause de garantie est insérée dans l'acte, cette présomption n'est plus admissible; et l'on se retrouve alors sous l'empire du principe général, d'après lequel les risques et par conséquent l'insolvabilité du débiteur jusqu'au moment du contrat, sont à la charge du vendeur; et les risques postérieurs au contrat, notamment l'insolvabilité du débiteur survenue depuis la cession, sont à la charge de l'acheteur. (1)

273. La clause *de fournir et faire valoir* est considérée, comme engageant la responsabilité du cédant d'une manière plus étendue et plus rigoureuse que la simple garantie de fait, ou celle de tous troubles et empêchemens. Le cédant, qui a

---

(1) Bourjon, liv. III, sect. III, n° 23, dit que la soumission à une telle garantie n'est pas un cautionnement du débiteur; mais une simple déclaration de la part du cédant de la solvabilité du débiteur qui ne doit s'entendre que dans le temps qu'il l'a faite, c'est-à-dire au temps du transport et non pas pour l'avenir. Il cite Bacquet, *Traité des transports des rentes sur particuliers*, ch. 17, n° 6, page 245, et il atteste que telle est la pratique du Châtelet.

promis *de fournir et de faire valoir*, est tenu, suivant l'opinion commune, de garantir la solvabilité du débiteur, même la solvabilité future, et de payer lui-même, lorsque la discussion du débiteur cédé a montré qu'en effet il est insolvable.

Ce n'est pas sans controverse que le sens de cette clause a été ainsi déterminé. Les uns prétendaient qu'elle n'imposait que la garantie de la solvabilité actuelle; d'autres soutenaient que non seulement elle rendait le cédant garant de la solvabilité présente et future; mais même qu'elle l'obligeait à payer, à la place du débiteur, si celui-ci, après un certain délai, ne payait point, et sans qu'il y eût nécessité de discuter ses biens (1). Entre ces deux systèmes se plaçait celui qui rendait le cédant responsable même de l'insolvabilité survenue depuis le contrat, mais qui exigeait que la discussion du débiteur démontrât l'insolvabilité.

« Cette opinion, dit Loyseau, comme *metoyenne* entre les deux autres, comme aussi la plus commune, et qui a été reçue jusqu'ici au palais, m'a toujours semblé la plus vraie. » (2)

Pour la justifier, il s'applique à rechercher la

(1) Ce système a été soutenu dans un petit écrit intitulé, *Traité de fournir et faire valoir*. C'est pour le réfuter que Loyseau a composé tout son Traité de la garantie des rentes. *Voy.* chap. VI, *in princip.*

(2) Coutume de Paris, art. 109 et 110. *Clausulâ vulgari gallicè* fournir et faire valoir, *promittit debitor hypothecas fore in futurum idoneas.* Dumoulin, *de Usuris* quæst. 8, n° 154. *Voy.* aussi n° 185; Despeisses, part. I, tit. I, sect. V, § 10, n° 20; Rousseaud de Lacombe, v° *Garantie*, n° 4; Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, n°s 26 et suiv. Pothier, *de la Vente*, n° 565.

vraie signification des mots *fournir et faire valoir*; à éplucher, c'est son expression, de quelle sorte est l'engagement qu'ils expriment. A côté de réflexions qui montrent beaucoup de sagacité, on trouve de pénibles et inutiles rapprochemens avec certaines expressions des lois romaines, et quelques observations aussi subtiles qu'obscures sur la valeur grammaticale des termes dont est composée la formule. (1)

Je crois que l'on doit se borner à dire que promettre de *fournir*, c'est assurer que si quelque chose manque à l'exécution de l'obligation cédée, on donnera le complément; que promettre de *faire valoir*, c'est prendre l'engagement de procurer au cessionnaire toute la valeur de la chose qui lui est transmise, s'il ne peut l'obtenir du débiteur cédé; soit que l'obstacle à l'exécution ou le déficit de la valeur naisse de l'insolvabilité présente ou de l'insolvabilité future du débiteur. Au

---

(1) Voici comment il s'exprime : « Il me semble que c'est une subtilité toute nouvelle et sans exemple de vouloir limiter ces mots, *de fournir et faire valoir*, au temps présent seulement, encore qu'ils soient indéfinis et aptes à s'accommoder à tous temps, et même qu'à les prendre en leur plus naïve et plus propre signification, ils soient plutôt du temps futur : car, comme les infinitifs aux autres langues, n'ont ni nombre ni personne (et pour ce, sont appelés infinitifs et, selon aucuns grammairiens, indéfinitifs), aussi en outre, en notre langue française, ils n'ont point de temps; mais quand on veut particulièrement discerner leur temps, on l'accommode au verbe qui régit, et a après soi l'infinitif. Or, promettre est un verbe qui, nécessairement, dénote et signifie un temps futur; car nous promettons ce que nous voulons faire à l'avenir et non ce que nous faisons présentement et encore moins ce qui est passé. » *de la Garantie des rentes*, chap. V, n° 10.

surplus, il suffit que telle ait été *jusqu'ici l'interprétation reçue au palais* et qu'elle soit *la plus commune*, pour qu'on suppose que les parties qui ont employé la clause, l'ont entendue ainsi.

274. La promesse *de payer à défaut du débiteur* a les mêmes effets que la clause *de fournir et de faire valoir*, que je viens d'examiner. (1)

275. Mais, soit que l'une ou l'autre ait été insérée dans le contrat, le cédant cesse d'être tenu de la garantie, si l'insolvabilité du débiteur résulte du fait du cessionnaire; par exemple, s'il a donné main-levée des hypothèques consenties par le débiteur, s'il a déchargé les cautions ou les débiteurs solidaires, et qu'il se soit ainsi privé des moyens par lesquels il aurait pu obtenir paiement. « Il n'est pas recevable, dit Pothier (2), à se plaindre de ce que la rente a cessé d'être bonne, puis-

---

(1) La question avait été autrefois controversée. Bacquet, qui, dit Loyseau, a emporté cette réputation, j'ose dire par-dessus tous ceux qui ont écrit de son temps, de ne s'être guères trompé en ses résolutions, soutenait que la clause de payer soi même excluait la discussion, *Traité des transports des rentes*. Mais, ajoute Loyseau, ce qui m'a dessillé les yeux, est ce notable arrêt prononcé en robes rouges, par ce parangon de science et d'intégrité, M. le président Séguier, le mardi 9 avril 1602 entre Georges Richaut et consorts, héritiers de Charles Godefroy, appelans du prévôt de Paris, et Claude et Jeanne Guillon et Pierre Godefroy, intimés et demandeurs au procès principal, par lequel il a été jugé expressément que *la clause de payer soi-même, la rente cédée, en défaut* de paiement fait par le débiteur d'icelle, requerrait discussion, de sorte qu'après une discussion solennelle, il n'en faut plus faire de doute, chap. VIII, n° 9; Despeisses, part. I, tit. I, sect. V, § 20, n° 20; Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, n° 27.

(2) *De la Vente*, n° 566.

que c'est par son fait qu'elle a cessé de l'être.» «Il n'a point de recours contre le cédant, dit également Loyseau (1), tant pour ce que la promesse *de fournir et faire valoir,* et même celle *de payer soi-même,* n'emportent qu'une obligation subsidiaire; qu'attendu aussi la règle de droit *alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet*: de sorte même que le coobligé et tout autre qui est tenu sans condition, *habet exceptionem cedendarum actionum*, par laquelle il exclut et repousse son créancier, quand il ne lui peut plus céder ses actions contre les autres coobligés ou sur les hypothèques, pour les avoir volontairement consommées et amorties. *L. Si pupillus ff. de administr. tut. L. cùm possessor. ff. de censibus. L. Stichum. § si creditor. ff. de solut.*, et *L. jubemus, Cod. ad Velleianum.*»

276. Le cédant est-il également affranchi de la garantie, lorsque le cessionnaire a laissé prescrire ou purger les hypothèques; lorsque c'est, non par son fait, mais par sa négligence, que le recouvrement de la créance ne peut plus s'opérer?

277. Loyseau trouve que cette question présente une grande difficulté. Pour soutenir que, malgré l'extinction des hypothèques, la garantie est due par le cédant, il fait remarquer que le cessionnaire a pu ne pas vouloir faire les actes et se mêler de la procédure nécessaire pour empêcher le purgement ou la prescription des hypothèques, sachant qu'il a un garant sur lequel il peut compter; que,

(1) Loyseau, *de la Garantie des rentes*, ch. XI, n° 2.

son d'équité, n'ayant contracté, à cet égard, avec les autres débiteurs et fidéjusseurs, aucune obligation précise de les leur conserver, il suffit qu'il apporte à cet égard de la bonne foi, c'est-à-dire qu'il ne fasse rien de contraire à cette obligation, et il ne doit pas être tenu à cet égard d'une pure négligence; 2° parce que les autres débiteurs et fidéjusseurs ont pu, aussi bien que lui, veiller à la conservation du droit d'hypothèque qui s'est perdu, et pouvaient le sommer d'interrupter, à leurs risques, les tiers acquéreurs, ou de s'opposer aux décrets. Ce n'est que dans ce cas, où ils auraient mis le créancier en demeure, qu'ils peuvent se plaindre qu'il a laissé perdre ses hypothèques; mais lorsqu'ils n'ont pas plus veillé que lui, ils ne sont pas recevables à lui opposer une négligence qui leur est commune avec lui. » (1)

M. Toullier (2) reproduit ce passage : il fait remarquer que M. Delvincourt (3) pense, au contraire, que la caution est déchargée par la seule négligence du créancier, s'il a laissé périr les hypothèques et que la doctrine de Pothier a été proscrite par l'article 2037. Puis il ajoute : « Il nous est impossible de partager l'opinion de ce savant professeur, parce qu'il nous paraît évident que l'article cité a, au contraire, suivi, consacré

(1) Cette opinion et la plupart des argumens sur lesquels elle est appuyée sont puisés dans Dumoulin. *De Usuris*, quæst. 89, nos 672 et 673.

(2) Tome VII, n° 172.

(3) Tome II, page 618, note 7, 2e édition, et tome III, page 261, notes, 3e édition.

l'opinion de Pothier. Personne n'ignore que les rédacteurs du Code n'ont fait que suivre cet auteur pas à pas dans les chapitres qui traitent des contrats et des obligations conventionnelles. Il suffit, pour s'en convaincre, de comparer son ouvrage au Code. Ils n'ont fait souvent que copier, en l'abrégeant, le texte de cet auteur. Pothier a distingué deux cas différens : la simple *négligence* du créancier et son *fait* positif; l'omission et l'action comprises l'une et l'autre sous le nom général *de faute*. Il soutient que le créancier répond de son *fait* et non de sa négligence. Par négligence, il entend l'omission de s'opposer à un décret, ou d'interrompre la prescription de l'hypothèque; par le *fait* du créancier, il entend le cas où celui-ci a *agi*, en consentant expressément à décharger les biens du débiteur de son hypothèque. Or, l'article 2037 du Code prononce que la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par *le fait* (et non par la faute) de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Il nous paraît donc démontré que le Code a suivi la doctrine de Pothier et a érigé son opinion en loi. »

M. Troplong (1) combat ce système; il s'applique à démontrer deux choses : d'abord, que le sentiment de Pothier n'est point fondé sur les véritables principes; en second lieu, que le Code civil n'a point voulu ériger ce sentiment en loi, comme l'a dit M. Toullier.

---

(1) N° 941.

D'une part, il dit qu'aujourd'hui ce n'est plus par une raison de pure équité que le créancier est tenu de céder ses droits à la caution qui le paie, puisque la loi veut que la subrogation soit de droit et forcée; il fait remarquer d'ailleurs que la caution peut sans doute veiller, mais que c'est pour elle une faculté, non un devoir; tandis que c'est un devoir précis pour le créancier, qui est l'adversaire véritable du débiteur, et qui est placé en face de lui pour agir et prendre toutes les mesures conservatoires; que l'obligation où est le créancier de discuter le débiteur, avant de passer aux cautions, est une raison péremptoire; qu'elle impose au créancier un ministère actif; que ce n'est pas aux cautions à aller chercher les débiteurs, à les forcer à payer et à apporter au créancier son argent; qu'il est créancier sous la condition de conserver, d'agir, de presser; que l'action lui appartient; que la caution a le droit de rester dans un état purement passif.

Certes, on ne peut mieux dire. Je me permettrai seulement d'ajouter, que Pothier n'a soutenu dans un endroit une doctrine qui paraît opposée à celle qu'il a adoptée dans un autre, que parce qu'il n'a point fait, dans son *Traité des obligations*, de distinction entre ceux qui sont tenus directement et sans discussion, tels que des coobligés solidaires et ceux, au contraire, qui ne sont obligés que subsidiairement et après discussion, comme les simples cautions. Il n'a pas mis de différence entre les uns et les autres, parce qu'il les a trouvés tous compris dans des textes qui dé-

cident que l'exception *cedendarum actionum* ne peut être opposée, bien que l'insolvabilité soit survenue par la négligence et le défaut de poursuites du créancier (1); mais il aurait dû songer qu'à l'époque, à laquelle remontaient les lois dans lesquelles il puisait sa doctrine, les fidéjusseurs ne jouissaient pas encore du bénéfice de discussion qui leur fut accordé plus tard par Justinien (2); et que cette modification, survenue dans l'étendue de leur engagement, devait faire introduire une distinction entre eux et les débiteurs solidaires, relativement aux effets de la négligence du créancier. Lorsque, dans son *Traité de la vente*, il a examiné la position du cédant obligé par les termes du contrat *à fournir et faire valoir*, il a reconnu qu'il n'était obligé que subsidiairement et après discussion du débiteur principal; il a senti que c'était un motif, pour lui attribuer le droit de repousser l'action en garantie du cessionnaire qui, par sa négligence, avait laissé périr les hypothèques.

On conçoit d'autant mieux qu'il ait été touché de cette considération, qu'il avait sous les yeux le Traité de Loyseau, où la distinction est parfaitement établie. (3)

(1) *Voy.* notamment, l. 62, ff. *de fidejuss.*

(2) Novell. 4. cap. I.

(3) « Faut donc tenir pour certain et infaillible, y est-il dit, que ceux qui sont tenus directement et sans discussion (comme étant plus étroitement liés), ne peuvent pas être déliés et désobligés, sous prétexte que le créancier aura laissé prescrire ou décréter une hypothèque, pour ce que pour leur produire l'exception *cedendarum ac-*

En indiquant la cause de l'erreur de Pothier, je crois l'avoir rendue plus manifeste; mais, quelque évidente qu'elle soit, si les rédacteurs du Code civil ont eu la volonté de convertir sa doctrine en loi, l'autorité législative dont elle est revêtue, sans rien changer aux convictions, commande l'obéissance. M. Troplong, qui a si bien développé les raisons qui s'élèvent contre l'opinion

---

tionum, il faut qu'il y ait du fait ou de la faute du créancier et non de la simple négligence ou omission. . . . . . . ; mais c'est tout autre chose aux obligés subsidiairement qui ne sont tenus qu'après discussion, ou sous condition de l'insuffisance des principaux obligés; *quantum vis à reo, ejusque pignoribus servari poterit;* car si le créancier laisse prescrire ou décréter les hypothèques d'iceux, c'est à son dommage; d'autant que par après, on ne peut pas dire que la condition soit arrivée; au contraire, ils peuvent dire que *à reo ejus que pignoribus debitum servari potuit.* *V.* chap. XI, n° 10. » Loyseau prétend que la distinction est clairement établie par les lois 41 et 62, ff. *de fidejuss;* que l'une (la loi 41), qui refuse le recours au créancier contre le fidéjusseur, dispose à l'égard d'un *fidéjusseur subsidiaire*, tandis que l'autre (la loi 62) qui accorde le recours, parle d'un fidéjusseur pur et simple, qui, selon le droit du Digeste et du Code, était tenu directement et sans discussion. *V.* chap. XI, n°s 12 et 13. Cette nuance entre la position des deux fidéjusseurs a échappé à Dumoulin, qui cite la loi 62 pour démontrer que l'extinction de l'hypothèque arrivée par la négligence du créancier n'affranchit pas le fidéjusseur de son obligation; et *à fortiori* ceux qui sont obligés principalement. *Jure cavetur,* dit-il, *quod pluribus in solidum obligatis non tenetur creditor ad denuntiationem unius convenire alium qui incipit facultatibus labi, priusquam in totum decoxerit: sed non obstante illâ denuntiatione, poterit liberè contra denuntiantem jure sua exequi. Textus in l. si fidejussor creditori ff. de fidejussoribus, qui loquitur etiam in fidejussore qui accessoriè merè pro alio tenetur; in quo erat major ratio subveniendi, cum alieno morbo laboraret, et sic ostenditur multò fortius idem esse in his, qui æquè principaliter pro se tenentur. De usuris,* quæst. 89, n° 672. Ces derniers mots, on le voit, sont un hommage rendu à la justesse de la distinction qu'on doit admettre entre ceux qui sont tenus directement et ceux dont l'engagement n'est que subsidiaire.

de Pothier, n'a pas aussi heureusement démontré que le Code civil n'a pas entendu l'adopter. Ce qu'il a dit sur ce point se réduit à ceci. L'art. 2037, en disposant que la caution est déchargée lorsque la subrogation ne peut plus avoir lieu par *le fait* du créancier, a employé le mot *fait* comme il est pris dans le langage usuel, où l'on dit *telle chose est arrivée par votre fait*, quoique ce ne soit pas un fait positif, mais une omission. Croit-on, ajoute-t-il, que le législateur ne parle pas plus souvent le langage du vulgaire que celui des académiciens? L'observation de M. Toullier, que les rédacteurs du Code ont souvent suivi Pothier pas à pas, et n'ont fait que copier, en l'abrégeant, le texte de cet auteur, est juste; mais puisque Pothier a, sur la même question, émis deux sentimens opposés, on ne peut dire lequel a servi de type à l'article 2037, et si ceux qui ont rédigé cet article ont copié Pothier écrivant le *Contrat des obligations*, ou Pothier écrivant le *Contrat de vente*.

M. Toullier aurait pu répondre : nous recherchons l'acception dans laquelle le mot *fait* a été pris par les rédacteurs du Code civil. Pour la déterminer, je n'ai point comparé le langage du vulgaire au langage de l'académie; je n'ai point examiné si le législateur parle plus ordinairement l'un que l'autre, et lequel il devrait préférer. J'aurais pu soutenir que le sens, qu'attribuent aux mots de notre langue les hommes cultivés, est vraisemblablement celui qui s'est présenté à l'esprit des législateurs, surtout lorsqu'il s'agit de termes exprimant des idées abstraites; mais je ne veux pas

traiter la question sous ce point de vue. J'ai dit et je répète que Pothier a formellement distingué l'*action* de l'*omission*; qu'il a, pour désigner la première, et la première seulement, employé le mot *fait*; qu'ainsi, dans *son langage*, ce mot ne comprend pas *la négligence*; que les auteurs du Code, qui avaient sa distinction sous les yeux, qui habituellement suivent sa doctrine et conservent autant que possible sa rédaction, sont présumés avoir entendu, comme lui, le mot *fait*. Il est vrai qu'ailleurs Pothier a professé une opinion opposée, d'où l'on conclut qu'il y a incertitude sur celle qui se trouve reproduite dans notre législation. Le doute n'est pas possible. En écrivant le titre du *Cautionnement*, les rédacteurs du Code suivaient le *Traité des obligations*; c'était là qu'ils puisaient leurs inspirations, et quelquefois les articles tout formulés. C'est donc bien évidemment l'opinion émise dans cette partie des œuvres de Pothier, et non celle qu'il a exprimée dans un passage isolé, étranger à la matière du cautionnement, qui a été écrite dans l'article 2037.

278. Ainsi les argumens opposés par M. Troplong, à M. Toullier n'ébranlent point le système de celui-ci. Cependant je ne crois pas qu'il doive être suivi. Voici les motifs qui, à mon avis, ne permettent point de distinguer entre le *fait* et la *négligence* du cessionnaire, et qui doivent, soit qu'il ait consenti formellement à la main-levée des hypothèques, soit qu'il les ait laissé prescrire, faire décharger le cédant.

L'influence que peut exercer le passage de

Traité des obligations sur l'interprétation de l'article 2037, ne saurait être niée; mais est-elle tellement décisive qu'elle doive l'emporter sur les principes dont M. Troplong a fait une si habile et si complète exposition? Je ne le pense point. De même que les paroles les plus explicites, prononcées dans la discussion qui précède les lois, ne doivent être considérées, comme résolvant certaines difficultés, qu'autant qu'elles ont eu précisément ces difficultés en vue, et pour but leur solution (1); de même, l'acception qu'avait un mot dans la source où l'a puisé le législateur, ne doit pas nécessairement lui être conservée dans la loi où il est placé, à moins que les circonstances ne démontrent clairement que c'est avec une intention formelle et bien arrêtée que l'expression a été ainsi empruntée. S'il y a doute, si l'on peut supposer que le législateur n'a pas songé à toute la portée des termes dont il faisait usage, alors, sa volonté souveraine n'étant pas clairement manifestée, la doctrine qui aurait dû céder devant l'autorité d'un texte positif, conserve sa puissance et peut lutter contre les inductions que fournit l'origine de la loi. . . . .

L'interprétation de l'article 2037 du Code civil et du mot *fait* qui s'y trouve placé n'est donc point décisivement fixée, parce que le passage de Pothier, d'où il est pris, lui attribue un sens exclusif de l'idée d'omission et de négligence; il faudrait en

(1) *Voy.* tome XVI (I[er] de ma continuation), n[os] 85 et 475, et ma collection des lois, tome 33, page 306.

outre que quelque circonstance particulière vînt montrer que le législateur moderne, ayant en vue la difficulté, a eu l'intention de la résoudre. Or, rien dans les discours prononcés, à l'occasion du titre *du Cautionnement*, ne manifeste une semblable pensée. Le rapport de M. Chabot au tribunat semblerait exprimer plutôt une intention différente. « Quand le créancier, y est-il dit, *s'est mis hors d'état* de faire à la caution la subrogation de ses droits et hypothèques, la caution est déchargée (1) ». Cette paraphrase de l'article 2037 attribue à la négligence les mêmes conséquences qu'au fait. *S'est mis hors d'état de faire la subrogation*, peut se dire aussi bien de celui qui a été *actif*, que de celui qui a été *passif*, dans l'évènement qui a causé la perte des hypothèques.

La jurisprudence a consacré cette doctrine : plusieurs arrêts ont jugé que la caution est déchargée, par cela seul que le créancier a par sa négligence laissé perdre les hypothèques ou privilèges attachés à la créance (2). La Cour de cassation a spécialement décidé que le cessionnaire est non recevable dans son recours contre le cédant, lorsqu'il a négligé de remplir les formalités prescrites pour la conservation de son privilège. (3)

---

(1) M. Locré, tome XV, page 349.

(2) Arrêts de la Cour de Pau du 3 janvier 1824; Sirey, 26. 2. 57; Dalloz, 25. 2. 125; de la Cour de Toulouse, du 27 août 1829; Sirey, 30 2. 89; Dalloz, 30. 2, 51; de la Cour de cassation, du 25 juillet 1827; Sirey, 28. 1. 17; Dalloz, 27. 1. 439.

(3) Arrêt du 26 février 1806; Dalloz, v° *Hypothèque*, page 90, note. Répertoire de jurisprudence, v° *Garantie des rentes*, n°. 3.

279. En généralisant la règle qui vient d'être développée, on doit dire que le recours en garantie, même lorsque le cédant a promis *de fournir et faire valoir*, est subordonné à la manière dont le cessionnaire a usé des moyens qui lui étaient donnés pour obtenir le paiement de la créance; et que, si le défaut de paiement doit être attribué à son fait ou à sa négligence, la responsabilité du cédant cesse.

Par conséquent, lorsque la créance cédée est exigible, au moment de la cession, le cessionnaire qui accorde des délais au débiteur ne peut plus, ultérieurement et si celui-ci devient insolvable, exercer son recours en garantie. Le cédant aura droit, en prouvant que des poursuites, faites au moment même de l'échéance, auraient eu pour résultat le paiement, de se refuser à supporter les conséquences de l'insolvabilité survenue pendant le délai qu'il a plu au cessionnaire d'accorder. En un mot, quoique la clause de *fournir et faire valoir* emporte ordinairement garantie de la *solvabilité future*, elle ne doit s'entendre que de la *solvabilité présente*, quand la créance cédée est exigible. (1)

Par la même raison, lorsque la créance n'est point échue au moment de la cession, mais que l'époque de l'exigibilité est fixée, la promesse de garantir la solvabilité future n'a pas un sens absolu; elle se réfère au temps auquel le cessionnaire peut exercer le droit qui lui a été transmis.

---

(1) Loyseau, chap. V, n° 3; Rousseaud de Lacombe, v° *Garantie*, n° 4.

Si, à ce moment, par négligence, ou par bienveillance pour le débiteur, ou par toute autre considération, il n'exige point le paiement qu'il pourrait exiger et qu'il serait sûr d'obtenir, à raison de la solvabilité du débiteur; s'il accorde des délais; s'il suspend les poursuites qu'il aurait commencées et que l'insolvabilité survienne; lui seul devra subir les suites de son apathie ou de sa complaisance. Le cédant, appelé en garantie, répondra que l'insolvabilité, dont le cessionnaire se plaint, ne lui eût causé aucun préjudice, s'il eût usé de son droit en temps opportun; que la perte qu'il éprouve résulte de son fait ou de sa négligence, et qu'en conséquence il ne lui est dû aucune garantie.

Loyseau, qui émet cette opinion, semble la restreindre au cas où il s'agit d'une créance, dont l'échéance est rapprochée de l'époque de la cession. « S'il était question, dit-il, d'une simple dette *promptement exigible,* le cessionnaire de laquelle eût laissé, par sa négligence, consommer par le débiteur d'icelle plusieurs meubles, tellement qu'il apparût qu'il serait devenu insolvable à cause de cette négligence; alors il y a grande apparence que le cédant qui aurait promis icelle fournir et faire valoir et tout autre obligé subsidiaire, n'en serait plus tenu, par la raison de la loi 1 *Cod. de divid. tutel.* » (1)

M. Troplong, qui cite ce passage, paraît en

(1) Chap. XI, n° 15; *Voy.* aussi chap. V, n° 3.

adopter la pensée; il parle de la cession d'une créance exigible *peu de temps après.* (1)

Mais on comprend que le motif qui fait affranchir le cédant de la garantie, lorsque l'incurie ou la bonté du cessionnaire a accordé des délais durant lesquels l'insolvabilité est survenue, subsiste également, lorsque l'époque de l'exigibilité de la créance est voisine de l'époque de la cession et lorsqu'elle en est éloignée. (2)

280. La clause par laquelle le cédant s'oblige à payer pour le débiteur, sans que le cessionnaire soit obligé à aucune poursuite, ou après un simple commandement resté sans effet, élève la garantie au plus haut degré qu'elle puisse atteindre (3). La dernière stipulation, dont j'ai examiné le caractère, constitue le cédant *obligé subsidiaire* du débiteur; celle-ci le rend *obligé direct et principal.* Cette distinction, bien saisie, suffit seule pour expliquer en quoi les deux garanties diffèrent. L'une, comme on l'a vu dans les numéros précédens (4), n'oblige le cédant à payer qu'après la discussion du débiteur principal; et d'ailleurs elle cesse, lorsque par le fait ou la négligence du cessionnaire, les sûretés de la créance ou les moyens d'exécution ont péri. L'autre, celle dont il s'agit ici, s'exerce contre le cédant, sans aucune poursuite préalable contre le débiteur, ou, selon la convention, après un simple commandement; et en outre,

(1) N° 942.
(2) Rousseaud de Lacombe, v° *Garantie*, n° 4.
(3) Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, n° 35.
(4) *Voy.* suprà, n°s 276 et suiv.

elle n'est point subordonnée au plus ou moins de vigilance apportée par le cessionnaire à la conservation des privilèges ou hypothèques ou des moyens d'obtenir le paiement. Le cessionnaire n'a voulu s'assujétir à aucune précaution pour conserver son droit contre le débiteur; il a exprimé clairement cette intention, en stipulant la possibilité d'exercer directement et sur-le-champ son action contre le cédant : cette convention doit s'exécuter. En un mot, au lieu d'avoir le cédant pour *obligé subsidiaire*, il a voulu l'avoir pour *obligé principal*, et j'ai déjà expliqué que l'engagement subsidiaire entraîne l'obligation de discussion du débiteur; que par suite il fait peser sur le créancier la responsabilité de sa négligence; tandis que celui qui est tenu par obligation principale et directe, ne peut proposer l'exception de discussion, ni argumenter de la négligence du cessionnaire. (1)

281. La garantie de droit n'oblige le cédant qu'à restituer le prix qu'il a reçu (2); la garantie de fait n'est plus étendue, qu'en ce qu'elle rend le cédant responsable de la solvabilité du débiteur : elle est la même, relativement à ce qui doit être restitué au cessionnaire. Le cédant, dit l'article 1694 du Code civil, ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, *et jusqu'à*

(1) *Voy.* suprà, nos 276 et suiv. Loyseau, chap. XI, nos 19 et 20; Bourjon, liv. III, tit. III, sect. III, nos 30 et suiv.; Pothier, nos 573; M. Troplong, n° 944.

(2) *Voy.* suprà, n° 262.

concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance. (1)

282. La garantie due par le cédant qui a promis *de fournir et faire valoir ou de payer lui-même*, diffère de la garantie de fait, simple, en ce que l'une a pour objet la solvabilité contemporaine de la cession, et l'autre, la solvabilité future; mais la stipulation n'indique point l'intention d'aggraver l'obligation du garant, en ce qui touche la somme à restituer. Par conséquent, ce que l'article 1694 a établi pour la garantie de la solvabilité actuelle, doit s'appliquer à la garantie de la solvabilité future. Il est bien vrai que la clause de fournir et faire valoir assimile la garantie du cédant à un cautionnement de la dette cédée, et qu'en général la caution est tenue pour la même somme que le débiteur principal. Mais la garantie de la solvabilité actuelle est aussi une espèce de cautionnement pour le présent, comme la garantie de la solvabilité future est une espèce de cautionnement qui s'étend à l'avenir; or, puisque la première est restreinte, par un texte formel (2), à l'obligation pour le cédant de rendre ce qu'il a reçu; la seconde ne doit pas avoir plus d'étendue sous ce rapport. (3)

283. Au contraire, lorsque le cédant a promis de payer, sans poursuites contre le débiteur, ou après un simple commandement, il y a engagement personnel et formel non-seulement de rendre le cessionnaire indemne, non-seulement de lui resti-

---

(1) Loyseau, chap. VII, n°s 3, 6 et suiv.
(2) Art. 1694.
(3) Loyseau, chap. VII, n°s 7 et 8.

tuer ce qui a été reçu de lui, mais bien de lui payer la somme montant de la créance cédée. Il n'est pas possible de méconnaître que tel est le sens de l'engagement qui est contracté, il ne peut donc y avoir de doute sur l'obligation; dont est tenu le cédant; car les conventions font la loi des parties.

Bourjon présente la même idée sous un autre aspect : « Cette clause (de payer après commandement) n'induit pas, dit-il, résolution du transport d'une rente et exigibilité du prix contenu en icelui, mais vraie dette de la part du cédant, et par conséquent création de rente de sa part, comme débiteur solidaire, si l'objet du transport est une rente : ainsi il n'y a pas eu ce cas exigibilité du capital. » Il cite Loyseau, ch. VIII, n° 24, et il ajoute : « on le juge ainsi au Châtelet. » (1)

284. Pour compléter l'énumération des différences que produit, dans les droits du cessionnaire et dans les obligations du cédant, la diversité des stipulations relatives à la garantie, il faut faire remarquer que les unes autorisent à user de la voie d'exécution contre le cédant, tandis que d'autres ne donnent qu'une action en justice.

L'engagement du cédant qui est tenu, comme obligé subsidiaire, et après discussion du débiteur principal, n'est exécutoire contre lui, que lorsque la condition à laquelle il est subordonné est accomplie; c'est-à-dire, lorsque l'insolvabilité du débiteur est démontrée par la discussion de ses biens. Il faut donc nécessairement justifier de l'accomplissement

(1) Liv. III, tit. III, sect. III, n° 24.

de cette condition; le cessionnaire est donc obligé de former une demande en justice contre le cédant, pour le faire condamner à la garantie, attendu que, par la discussion du débiteur principal, il n'a pas été possible d'obtenir le paiement.

Rappelons que le cédant n'est obligé que subsidiairement, lorsqu'il a promis de fournir et faire valoir et même de payer à défaut du débiteur.

Lorsque, au contraire, il a promis de payer, sans que le cessionnaire soit tenu de faire aucune poursuite, ou après un simple commandement, il a, comme on l'a vu, contracté une obligation personnelle; l'exécution peut donc être poursuivie par toutes les voies de droit, si le titre est revêtu de la formule exécutoire. Cela est incontestable, lorsqu'il est dit que le cédant paiera, à défaut du débiteur, et sans que le cessionnaire soit obligé à faire aucune poursuite. Mais Loyseau fait remarquer que, lorsqu'un commandement est exigé, pour rendre le droit certain il y a nécessité de justifier de l'accomplissement de ce préalable et du refus ou du défaut de paiement. Toutefois, il n'hésite pas à décider que la certitude, que le commandement a eu lieu et n'a pas été suivi du paiement, résulte de la production de l'original, dans lequel se trouve constaté le refus de payer du débiteur, son silence ou son absence; que cette pièce jointe au titre suffit, pour rendre le droit certain et liquide et pour autoriser la voie d'exécution. (1)

(1) Loyseau, chap. XII, nos 13, 14 et 15; Bourjon, liv. III, tit. III,

Il n'est pas besoin de dire que si le cessionnaire réclame, outre le principal de la créance, des dommages-intérêts, il devra les faire liquider en justice.

285. En l'absence de toute convention relative à la garantie, les circonstances dans lesquelles se trouvent placées les parties, et le caractère particulier des droits qui sont l'objet d'une cession, peuvent exercer quelque influence sur les obligations du cédant envers le cessionnaire.

Par exemple, lorsque le bénéfice d'un marché de marchandises, conclu entre commerçans, est cédé par celui à qui les marchandises devaient être livrées; quoique le cessionnaire ait traité à ses périls et risques, en se chargeant de faire exécuter le marché, il a néanmoins droit d'exiger le concours de son cédant et de le forcer à régler le montant des marchandises au vendeur, si celui-ci refuse de recevoir d'autres valeurs. En pareil cas, celui qui a promis de livrer ses marchandises à tel commerçant, qui doit les lui payer en ses effets, ne peut être assimilé à celui qui doit une somme d'argent et qui n'a aucun intérêt à se libérer plutôt entre les mains de son créancier originaire qu'entre

---

sect. III, nº 31. Il y a quelque analogie entre la position du cessionnaire, qui, à défaut de paiement par le débiteur après un commandement, exerce son recours contre le cédant, et celle du créancier d'une rente constituée, qui, à défaut de paiement des arrérages pendant deux ans, réclame le remboursement du capital. La Cour de cassation a jugé que le créancier de la rente peut agir, par *voie d'exécution*, pour le remboursement du capital. Arrêts du 4 novembre 1812 et du 10 novembre 1818; Sirey, 18. 1. 397 et 19. 1. 273.

celles de son cessionnaire. Il importe au contraire au vendeur de recevoir, en livrant ses marchandises, les billets souscrits par celui avec qui il a traité et en qui il a confiance. La conséquence de cette situation est que l'acheteur ne peut, en cédant son marché, se dégager de tout lien et laisser son cessionnaire exposé au refus que ferait le vendeur de livrer les marchandises, par la raison que les valeurs qu'il avait compté recevoir en échange ne lui seraient pas fournies. Il faut que le cédant intervienne, afin de procurer au cessionnaire l'accomplissement du marché qu'il lui a cédé. C'est ainsi que la Cour de cassation a apprécié et réglé les droits respectifs des parties (1); et semblable décision devra être rendue, toutes les fois que le cédant ne sera pas créancier pur et simple, qu'il aura lui-même quelques obligations à remplir; qu'en un mot, son concours sera utile au cessionnaire pour que celui-ci puisse ramener à exécution le droit qui lui aura été transmis. Le cessionnaire, en réclamant l'intervention du cédant ne fait que demander la garantie de l'existence du droit cédé.

C'est en matière commerciale qu'a été rendu l'arrêt dont je viens de retracer l'espèce; et cette circonstance a bien pu n'être pas sans influence sur la solution; mais on comprend qu'en matière purement civile, et dans une position analogue, le cessionnaire pourrait exiger du cédant la même assistance.

(1) Arrêt du 3 juillet 1827; Sirey, 27. 1. 506; Dalloz, 27. 1. 289.

ARTICLE III.

Application des règles relatives à la garantie en matière de cession, à la dation en paiement, à la subrogation, à la délégation, à l'indication de paiement.

SOMMAIRE.

286. *La dation en paiement soumet à la même garantie que la cession.*
287. *Dans la subrogation consentie par le créancier, le créancier subrogeant est tenu de la garantie comme le cédant.*
288. *Opinion de M. Toullier. Opinion contraire de M. Troplong.*
289. *Réfutation de M. Troplong.*
290. *Dans la subrogation opérée par le débiteur, ou dans la subrogation légale, le créancier payé n'est tenu à aucune garantie;*
291. *Alors même qu'il aurait déclaré consentir à la subrogation opérée par le débiteur, ou par la force seule de la loi.*
292. *Seulement, si par erreur on lui a payé ce qui ne lui était pas dû, il est soumis à la répétition.*
293. *Dans la délégation parfaite, le délégant est tenu de la garantie comme le cédant.*
294. *Dans la délégation imparfaite, au cas de non-paiement de la créance déléguée, quel que soit le motif qui empêche le délégué de payer, le délégataire peut exercer les droits qu'il avait avant la délégation.*
295. *Dans l'indication de paiement, la créance n'étant point transmise par celui qui a fait l'indication, elle reste à ses risques.*

286. La dation en paiement et la cession doivent

être assimilées entièrement, en ce qui touche l'obligation de garantie. Cette proposition est justifiée d'avance, par ce que j'ai dit en comparant la dation en paiement à la vente (1) et plus spécialement à la cession. (2)

287. La subrogation consentie par le créancier équivaut aussi, comme je l'ai montré (3), à une véritable cession : le créancier est donc tenu de la garantie, de la même manière que le cédant.

288. M. Toullier a soutenu cette doctrine : « En cédant volontairement ses droits à celui qui le paie, le créancier subrogeant doit répondre, dit-il (4), de son propre fait et garantir que les droits cédés existaient au temps de la cession, quand même elle eût été faite sans garantie (art. 1693). Si donc il était jugé, sans la faute du subrogé, que les droits du subrogeant n'étaient pas fondés, ce dernier serait obligé de rendre la somme qu'il aurait reçue ; mais il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est engagé, et jusqu'à concurrence seulement du prix qu'il a retiré de la créance (art. 1694). Et lorsqu'il a promis la garantie de la solvabilité du débiteur, cette promesse ne s'entend que de la solvabilité actuelle et ne s'étend pas au temps à venir, si le cédant ne l'a expressément stipulé. (Art. 1695.) »

Cette opinion de M. Toullier a été critiquée par

---

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), nos 45 et 46.
(2) *Voy.* suprà, n° 163.
(3) *Voy.* suprà, n° 165.
(4) Tome VII, n° 164.

M. Troplong : « C'est, à son avis (1), une erreur réfutée d'avance par Renusson, Dumoulin et Pothier. Dumoulin dit en effet : *Creditor non tenetur cedere actiones cum onere ut sint efficaces, sed simpliciter quales habet* (2). Le créancier qui a consenti la subrogation, dit Renusson, n'est obligé à aucune garantie ; *suum recepit*, le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige pas (3). Et ailleurs, « la simple cession d'actions, que nous appelons subrogation, a bien quelques effets semblables à la vente et à la cession et transport, mais non pas tous les effets........ car le créancier qui aura consenti la subrogation ne sera pas garant ; la rente sera éteinte à son égard. » (4)

Après avoir cité ses autorités, M. Troplong présente ses argumens en ces termes.

« Ce n'est que par une fiction que celui qui est subrogé au créancier est censé avoir plutôt acheté de lui la créance que l'avoir payée. Aussi Paul dit-il, *quodammodo vendidit* (5). Remarquez toutefois que si le créancier payé et subrogeant n'était pas créancier, soit parce qu'il a déjà été payé, soit parce que son titre n'était pas véritable, il y aurait lieu à recourir contre lui ; mais ce ne serait pas, à proprement parler, par l'action en garantie, ce serait plutôt par la *condictio indebiti*, car il aurait reçu ce qui ne lui était pas dû. »

(1) Traité des Hypothèques, tome 1, n° 353 *bis*.

(2) *De usuris*, n°s 672 et suiv.

(3) Chap. II, n° 22.

(4) Chap. II, n° 25. *Voy.* aussi Pothier, sur la coutume d'Orléans, tit. XX, sect. 5, *in princip*.

(5) L. 36, ff. *de fidejussoribus*.

« D'Olive (1) examine la question de savoir si le créancier qui a reçu son paiement, *comme premier créancier*, est sujet à garantie, lorsque de fait il n'a pas le premier rang. Il se prononce pour l'affirmative et s'appuie d'un arrêt du parlement de Toulouse du 15 juillet 1637. Je crois cette solution bonne, quand il est bien prouvé que c'est uniquement à cause de son hypothèque, qu'on croyait la première, que le créancier a reçu paiement de quelqu'un qui ne lui devait rien; mais ce cas ne peut pas beaucoup favoriser le système de M. Toullier; car il s'agirait ici d'erreur, et ce serait l'erreur qui ferait annuler le paiement. On pourrait même dire que l'objet du traité portant principalement sur le rang, le créancier a fait plus que d'agir pour recevoir son paiement, qu'il a encore agi dans l'intention de vendre et d'acquérir, ce qui nous ramenerait à une cession proprement dite, et donnerait ouverture à la garantie. Mais, je le répète, il faudrait que cette intention fût claire. En général, le créancier n'a pour objet principal que de recevoir son paiement, et nullement de vendre. »

289. La question est grave, elle peut se présenter fréquemment dans les affaires, elle est controversée; avant de l'examiner, j'ai dû mettre en présence les deux systèmes contraires, avec les développemens qu'ils ont reçus de leurs auteurs.

Le dernier, à mon avis, a mal-à-propos critiqué l'opinion de son illustre devancier. Il s'est mépris sur le sens des autorités qu'il invoque, et a perdu

---

(1) Liv. 4, ch. 26.

de vue le principe duquel dépend la solution de la difficulté.

En supposant que le passage de Dumoulin eût trait à la question, on pourrait faire remarquer qu'en disant que le créancier n'est pas obligé de transmettre ses droits, avec la charge de faire qu'ils soient efficaces, mais simplement tels qu'ils sont; il ne décide pas que le créancier est affranchi de toute garantie, il exprime seulement qu'il ne doit que garantir l'existence des droits auxquels il subroge, sans être tenu d'aucune responsabilité quant au résultat; en d'autres termes, Dumoulin dirait que le créancier n'est pas tenu de la garantie de fait, mais il ne supposerait point qu'il est affranchi de la garantie de droit. C'est dans ce sens qu'ont toujours été prises les expressions dont il se sert. « Il y a des clauses, et au droit romain et à nous, dit Loyseau (1), pour s'exempter de cette garantie (la garantie de fait)......., à savoir quand on exprime au contrat : *Rem qualis est venire. L. Si plus* §*ult.* ff. *de Evict.*, que nous disons *vendre la chose telle et en tel état qu'elle est.* »

Et comment Dumoulin aurait-il pu s'y méprendre, lui qui a si bien compris et si bien caractérisé la subrogation consentie par le créancier, lorsqu'il a dit : *Qui, accepto quod sibi debetur, cedit jus suum, verè illud justo et toto pretio vendit !* (2)

Mais le passage qui a été cité n'a pas été écrit en

---

(1) *De la Garantie des rentes*, chap. II, n° 16.
(2) *De Usuris, quæst.* 49, n° 345.

vue de la question controversée. Renusson en a fait une application inexacte, il l'a même tronqué, comme on va le voir, et M. Troplong s'est vraisemblablement laissé induire en erreur par lui. Ce n'est point en examinant de quelle nature est l'obligation du créancier subrogeant que Dumoulin a dit : *Tenetur cedere actiones quales sint.* Voici à quelle occasion il s'est exprimé de cette manière. Il prévoit le cas, où un créancier qui a hypothèque sur une maison appartenant à quatre personnes, a laissé prescrire son droit contre trois, et veut l'exercer pour le tout contre la quatrième. Celle-ci demande que le créancier soit tenu de lui céder ses actions contre les trois coobligés ; ou plutôt elle soutient que comme, par sa faute, il ne peut plus la subroger, il est non recevable à agir contre elle pour le tout ; en un mot, elle oppose l'exception *cedendarum actionum.* Dumoulin décide, comme je l'ai fait remarquer ailleurs (1), que la prescription survenue par la négligence du créancier, à l'égard des coobligés, ne l'empêche point d'exercer son droit contre celui qui reste tenu envers lui ; puis il explique le motif de cette décision, en disant : *Et moveor primò, quia non invenitur jure expressum creditorem teneri cedere actiones cum hoc onere ut sint, contrà alios* (2) *efficaces; sed simpliciter: quod intelligitur quales sunt, dummodò facto suo eas non remiserit aut amiserit.* (3)

(1) *Voy.* suprà, n° 276 en note.

(2) Ces mots qui expliquent l'espèce dont parle Dumoulin, sont omis par Renusson et par M. Troplong.

(3) *De usuris quæst.* 89, n° 672.

Je pourrais me dispenser de discuter l'opinion de Renusson, puisque ce qui précède prouve qu'elle a eu pour fondement un passage mal entendu de Dumoulin; mais Renusson lui-même n'a pas dit ce qu'on a cru voir dans son ouvrage. Les fragmens, dans lesquels il décide que le créancier subrogeant n'est pas tenu de la garantie envers le subrogé, se réfèrent au cas où la subrogation a été opérée par le débiteur, et où le créancier, dont l'adhésion était inutile, est venu surabondamment et sans nécessité consentir à la subrogation. « Cette cession d'actions, dit-il, que nous appelons subrogation, se fait de plein droit purement et simplement par le seul bénéfice de la loi, *ou peut se faire par une stipulation et convention avec le débiteur, sans qu'il soit besoin du consentement du créancier; elle se fait,* etiam invito creditore. Le créancier n'a point d'intérêt d'empêcher la subrogation, il n'a intérêt que d'être payé : *en effet, quand il a reçu son paiement, soit qu'il ait consenti la subrogation, soit qu'il ne l'ait pas consentie, il n'est obligé à aucune garantie*, suum recepit : *il a reçu ce qui lui était légitimement dû; le consentement qu'il donne à la subrogation ne l'oblige point. C'est une résolution de contrat à son égard :* est potiùs distractus quàm contractus. » (1)

En est-il de même dans le cas où le créancier subroge spontanément celui qui le paie, sans que le débiteur concoure à l'acte? N'y a-t-il pas entre ces deux positions une différence notable; en ce

(1) Chap. II, n° 22.

que, dans l'une, le créancier, en adhérant à la subrogation déja effectuée sans lui par le débiteur, n'opère pas une mutation déjà accomplie; tandis que, dans l'autre, c'est lui, c'est son fait, c'est sa volonté qui transmet le droit au subrogé? Renusson pose nettement la question. «Mævius, dit-il(1), qui sait que Titius doit 300 livres de rente à Sempronius, va trouver Sempronius, auquel il paie le principal et arrérages de la rente, et Sempronius reçoit et donne sa quittance, par laquelle il est dit qu'il a subrogé Mævius, qui est un étranger, en ses droits et actions contre Titius, et cela se fait à l'insu et hors la présence de Titius, et sans son consentement. On demande si telle subrogation, n'ayant pas été consentie par le débiteur et ayant seulement été faite par le créancier, peut valoir et quel effet elle peut avoir; si elle sera considérée comme une vente *et une cession et transport qui contient une garantie contre le créancier qui cède et transporte*, et une suite d'hypothèque contre le cessionnaire; *ou si elle aura l'effet d'une simple subrogation, sans garantie;* ou bien si telle subrogation sera entièrement vaine et inutile?»

Après avoir ainsi présenté la triple face sous laquelle on peut envisager la subrogation consentie par le créancier, il décide d'abord « qu'elle doit avoir son effet et ne doit pas être inutile; secondement qu'on ne peut pas lui donner d'autre effet que celui de la cession et transport; car c'est Sempronius qui dispose véritablement de sa dette,

---

(1) Chap. X, n° 20.

et qui transporte lui-même ses droits à celui qui lui fait le paiement.....; c'est un négoce qui s'est fait sans la participation du débiteur; c'est un négoce qui s'est fait seulement entre l'étranger qui a payé pour le débiteur et le créancier qui a reçu son dû; cela s'est fait de même qu'une véritable cession et transport, c'est-à-dire que le créancier qui a, en ce cas, subrogé *est garant, comme un vendeur est garant de la chose par lui vendue et un cédant est garant des droits par lui cédés* (1).» Il répète encore (2), que dans le fait proposé il est évident que ce n'est pas une simple subrogation et une cession d'actions qui s'est faite, malgré le créancier; mais que c'est au contraire le créancier qui lui seul a fait la subrogation, qui a négocié et traité de sa dette; que c'est une véritable vente qu'il a voulu faire lui-même de sa rente; qu'il en a voulu disposer *jure suo et jure dominii;* que c'est une véritable cession et transport qu'il a voulu faire. D'où il conclut : « Qu'il est raisonnable de dire, dans le cas proposé, *que le créancier qui a subrogé demeure garant de la rente.* (3)

On voit combien Renusson est éloigné de professer la doctrine qu'on lui a prêtée. Il y a même une hypothèse plus favorable au créancier, et dans laquelle on pourrait être disposé à croire qu'il n'est pas tenu à la garantie; c'est celle où le débiteur a donné pouvoir et consentement à l'étranger

(1) Chap. X, nos 21 et 22.
(2) N° 22.
(3) N° 23.

de payer pour lui, sans avoir expressément consenti la subrogation, et où l'étranger, en payant pour le débiteur, stipule la subrogation avec le créancier qui la consent par la quittance. Notre auteur se demande si, dans ce cas, le créancier qui a subrogé sera garant de la subrogation, comme un cédant est garant de la cession (1). Il expose les différentes opinions qui ont été émises, et les raisons sur lesquelles on les a appuyées (2); puis il décide (3) : que cette subrogation, étant faite par le créancier, sans la participation du débiteur *qui n'y a pas expressément consenti, est une vente et une cession et transport.* Il justifie son sentiment par cette réflexion aussi simple que juste. « *Le créancier ne doit pas subroger, de son propre mouvement, s'il ne veut pas demeurer garant de sa dette.*

Ce n'est donc pas l'erreur de M. Toullier, c'est celle de M. Troplong, que Dumoulin et Renusson ont réfutée d'avance.

Pothier décide, je l'avoue, en termes généraux, que le créancier qui a subrogé en ses droits celui de qui il a reçu son dû, n'étant réputé vendre et transporter cette créance que par une pure fiction qui ne doit pas lui préjudicier, il ne s'oblige à aucune garantie (4). Mais il est évident que, lorsqu'il s'est exprimé de cette manière, il ne songeait pas à la différence essentielle qui existe entre la su-

---

(1) Chap. X, n 26.
(2) N°s 27, 28, 29, 30, 31, 32.
(3) N° 33.
(4) Sur la coutume d'Orléans, tit. XX, sect. 5, *in princip.*

brogation consentie par le créancier et la subrogation opérée par le débiteur; différence qu'il établit lui-même de la manière la plus claire, quelque pages plus bas, et que Renusson disait n'être pas aperçue par le vulgaire et les praticiens.

Ainsi, les autorités citées contre M. Toullier sont presque toutes favorables à l'opinion qu'il a émise.

Au surplus, en principe, tout se réduit à savoir si la subrogation consentie par le créancier est une véritable cession-transport, ou si c'est seulement par l'effet d'une fiction qu'elle a été ainsi qualifiée. Or, tous les auteurs, Dumoulin (1), Renusson (2), Rousseaud de Lacombe (3), Pothier lui-même (4) y voient réellement une vente. En effet, lorsque c'est le créancier qui subroge, la créance ancienne n'est point éteinte, comme au cas de la subrogation consentie par le débiteur; elle est transmise. « Il y a cette différence, dit Pothier (5), quant à l'effet de la subrogation, entre la subrogation d'un nouveau créancier aux droits de l'ancien qui se fait par la convention entre ce nouveau créancier et le débiteur, et les autres subrogations, que dans les autres subrogations *les droits du créancier passent toujours au subrogé tels et dans la même nature que cet autre créancier les aurait exercés lui-même*; au lieu que,

(1 et 2) Loc. cit.

(3) Subrogation consentie à un étranger *par le créancier, sans le consentement du débiteur est une cession*, vº *Subrogation*, nº 14.

(4) *Voy.* la note suivante.

(5) Sur la coutume d'Orléans, tit. XX, sect. 5, nº 85.

dans le cas de la subrogation d'un nouveau créancier aux droits de l'ancien, les droits de l'ancien créancier ne passent pas toujours au nouveau tels et dans la même nature qu'ils étaient, mais modifiés et comme convertis, etc........ » Si, d'une part, les anciens droits sont transmis; comme, d'un autre côté, ils le sont moyennant une somme qui forme le prix, et par la volonté du créancier; on trouve dans un pareil acte tous les caractères constitutifs de la vente. Qu'importe que la somme reçue pour prix de la cession fût antérieurement due au cédant? Cette circonstance qui a déterminé à faire le contrat n'en change point le caractère. Si donc il y a quelque fiction en tout ceci; c'est plutôt parce qu'on appellerait paiement ce qui est une vente, que parce qu'on donnerait à ce qui est paiement le titre de cession.

D'ailleurs, lorsqu'un tiers étranger à une dette offre de payer le créancier, celui-ci n'a aucun motif pour refuser ce qui lui est dû; s'il se borne à recevoir son paiement, la dette est éteinte et l'action ou de mandat, ou *negotiorum gestorum* est accordée à celui qui a payé, contre le débiteur. Alors évidemment aucune garantie n'est due par le créancier, qui est resté complètement passif. Mais si, ne se bornant pas à recevoir ce qui lui était dû, il a cédé ses droits, ce à quoi personne ne pouvait le contraindre, suivant la règle *nemo rem suam vendere cogitur*, les résultats changent; celui qui a payé n'a pas voulu se borner au rôle de simple mandataire ou de *negotiorum gestor*, il a eu l'intention d'acquérir tous les droits de l'ancien

créancier; celui-ci, de son côté, sortant de l'état passif d'un homme qui reçoit ce qui lui est dû, a voulu vendre et a vendu; il a pris un rôle actif, en cédant les droits qui lui appartenaient. Or, il est évident que cet acte de sa volonté est une affirmation virtuelle de l'existence des droits, et qu'il le soumet par conséquent à la garantie.

290. Les développemens que j'ai donnés à cette discussion étaient nécessaires pour rétablir les citations inexactes, indiquer le véritable esprit des autorités, repousser les objections et rappeler les principes. Ils font d'ailleurs pressentir l'opinion qui doit être adoptée sur la question de savoir, si la garantie est due par le créancier dans le cas de subrogation légale et de subrogation consentie par le débiteur. Ni l'une ni l'autre ne s'opèrent par le consentement du créancier; celui-ci n'est donc tenu à aucune garantie, car l'obligation de garantir suppose toujours un acte de la volonté, un engagement personnel de celui à qui elle est imposée.

291. Ainsi, alors même que le créancier, en recevant son paiement d'un tiers déjà subrogé par le débiteur, déclarerait qu'il consent à la subrogation, il ne serait point soumis à la garantie; parce que la subrogation s'était opérée indépendamment de sa déclaration et avant même qu'elle fût donnée. «Quoique le créancier fasse mention dans sa quittance qu'il a subrogé en ses droits, néanmoins il n'est pas censé faire la subrogation, mais il est censé seulement obéir à la loi dans le cas où la subrogation se fait de plein droit; ou dans le

cas où le débiteur a consenti la subrogation, il est censé avoir seulement exécuté la volonté du débiteur : c'est pourquoi le créancier qui est remboursé n'est tenu à aucune garantie. » (1)

292. Seulement, si la somme payée au créancier ne lui était pas due, soit qu'il eût consenti, soit qu'il n'eût pas consenti la subrogation, on aurait contre lui l'action, appelée *condictio indebiti*, dont les effets, réglés par les articles 1376 et suivans du Code civil, sont différens de ceux de l'action en garantie. (2)

293. En déterminant le caractère de la délégation parfaite (3), j'ai montré qu'on y trouvait réunis tous les élémens constitutifs d'une dation en paiement, par conséquent d'une cession. De là il résulte que le délégant est tenu de la garantie comme le cédant. C'est aussi ce qu'enseigne M. Toullier, qui, dans toute cette matière si délicate, n'a pas cessé un seul instant d'être mon guide. « Si vous prenez en paiement, dit-il, de 3,000 francs que je vous dois, une créance de pareille somme due par Titius, que vous acceptez pour seul débiteur, alors il y a novation; je suis déchargé de mon obligation, elle est éteinte avec ses accessoires; vous n'avez plus d'action que contre Titius. Cette convention est un véritable transport de créance qui suit les règles tracées par le Code, articles 1689 et suivans. Je ne suis tenu à aucune

---

(1) Renusson, chap. X, n° 25 et 41; Rousseaud de Lacombe, v° *Subrogation*, n° 14.

(2) M. Toullier, tome VII, n° 119; Renusson, loc. cit.

(3) *Voy.* suprà, n° 169, 170.

garantie, *si ce n'est à garantir l'existence et la réalité de ma créance contre Titius au moment du transport.* (Cod. civ. art. 1693.) Je ne réponds point de la solvabilité, à moins que je ne m'y sois engagé. (Cod. civ. art. 1276.) » (1)

294. La délégation imparfaite est aussi une véritable cession; elle transmet les droits du délégant au délégataire, mais elle est accompagnée de la réserve conditionnelle par le délégataire de tous ses droits contre le délégant. En conséquence, au cas de non paiement de la créance déléguée, quel que soit le motif qui empêche le délégué de payer, le délégataire peut, aux termes mêmes de la convention, exercer les droits qui lui appartenaient avant la délégation. Ce n'est pas à lui à courir des risques qu'il a expressément laissés à la charge du délégant.

295. La simple indication de paiement diffère essentiellement de la cession; elle n'opère point la transmission des droits qui appartiennent au débiteur contre celui qu'il indique comme devant payer pour lui. Si la personne indiquée ne paie point, soit parce qu'elle ne doit rien à l'auteur de l'indication, soit parce qu'elle est insolvable, ce défaut de paiement et toutes ses conséquences retombent sur le débiteur qui a fait l'indication; non qu'il soit tenu à la garantie, car la garantie n'est due que par un vendeur, mais parce qu'il n'a pas cessé un seul instant d'être propriétaire de la créance indiquée, et qu'ainsi cette créance a

---

(1) *Voy.* aussi Loyseau, chap. III, nº 8.

toujours été à ses périls et risques. « En la simple assignation de dette, dit Loyseau, qui est fort ordinaire en France, principalement entre les financiers, et qui fut peu pratiquée à Rome, il est certain que le cédant demeure chargé de l'insuffisance du débiteur et du hasard de la dette, soit pour le temps présent, soit pour le futur, *pour ce qu'il demeure toujours seigneur de la dette, qui n'est point acceptée par le cessionnaire, sinon en tant qu'il s'en pourra faire payer.* » (1)

SECTION II.

De la vente d'une universalité de droits, notamment de la vente d'une hérédité.

SOMMAIRE.

296. *Transition.*
297. *Une hérédité est une chose incorporelle.*
298. *Effets généraux de la vente d'une hérédité.*
299. *Le vendeur n'est garant que de sa qualité d'héritier, et transmet à l'acheteur tout ce à quoi il a droit en cette qualité.*
300. *Division.*

296. La section précédente a été consacrée à la cession des droits particuliers sur un ou plusieurs

(1) Chap. III, n° 6.

objets; celle-ci traite de la vente des droits sur une universalité d'objets, formant une masse active et passive, spécialement de la vente d'une hérédité.

Celui qui acquiert par un acte distinct et particulier chacun des objets composant une hérédité, a des droits essentiellement différens de ceux qui lui seraient conférés par l'acquisition générale et complexe de l'hérédité entière. Dans un cas, il y a autant de ventes que de choses, et les principes ordinaires sont applicables à chacune d'elles; dans l'autre, il y a également vente; mais une vente unique, soumise à des règles spéciales.

297. C'est avec raison que le législateur les a tracées dans le chapitre consacré à la vente des choses incorporelles; car, ainsi qu'il est dit au *Répertoire de jurisprudence* (1), « quoiqu'une hérédité comprenne tous les biens meubles et immeubles du défunt, on ne laisse pas de la considérer comme une chose purement incorporelle, parce qu'il n'est pas de son essence qu'il s'y trouve des biens : *Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* L. 50 ff. *De petitione hereditatis*. Ainsi un homme qui ne laisse rien en mourant, ne laisse pas d'avoir une hérédité comme le plus riche propriétaire.»

298. Pour se faire une idée à-la-fois générale et juste des effets que produit la vente d'une *hérédité*, des rapports qu'elle crée, des choses qu'elle transmet, il est nécessaire de bien saisir ce qu'on doit entendre par cette expression. « On appelle succession

(1) V° *Hérédité*, n° 11.

ou hérédité la masse des biens, des droits et des charges qu'une personne laisse après sa mort, soit que les biens excèdent les charges, ou que les charges excèdent les biens; et on appelle aussi hérédité ou succession le droit qu'a l'héritier de recueillir les biens et les droits d'un défunt tels qu'ils pourront être. » C'est la définition que donne Domat (1) et il ajoute (2) : « Comme une hérédité consiste aux biens et aux droits sujets aux dettes et aux autres charges; et qu'il peut arriver, ou que les dettes et les charges excèdent les biens, ou que les biens, s'il y en avait au-delà des charges, se diminuent ou même périssent, ce mot d'hérédité est un nom de droit (*nomen juris*), c'est-à-dire, qui ne marque aucune sorte de bien particulier, mais qui signifie en général le droit qu'a l'héritier, et qui convient autant à une succession onéreuse et ruinée en charges qu'à une succession où il reste des biens. Ainsi, l'héritier peut n'avoir que ce nom sans aucun profit ou même avec perte. » (3)

299. De là il résulte que celui qui vend une hérédité n'a pas, ne peut pas avoir l'intention de garantir qu'elle se compose de tels ou tels objets,

---

(1) 2e partie, liv. I, *des Héritiers en général*, tit. I, sect. I, n° 3.

(2) Loc. cit., n° 6.

(3) Wolf, 7a *pars*, n° 964; M. Toullier, tome IV, n° 66. Selon le Répertoire de jurisprudence, il ne faut pas confondre les biens du défunt avec son hérédité; on n'appelle biens, que ce qui reste après toutes les dettes acquittées; mais l'hérédité comprend l'actif et le passif. V° *Hérédité*, n° 11. Le droit d'hérédité, dit M. Proudhon, de *l'Usufruit*, tome IV, n° 1849, nous offre un autre exemple d'une universalité nécessairement composée d'actif et de passif; *hæreditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hæreditatem, juris enim nomen est.*

que ces objets ont telle ou telle valeur, qu'ils ne sont grevés d'aucunes dettes ou charges, ou que ces dettes et charges ne s'élèvent qu'à une somme déterminée; il exprime seulement la volonté de transmettre tout ce qui compose activement et passivement la succession qu'il est appelé à recueillir, tout ce à quoi lui donne droit sa qualité d'héritier.

En conséquence, celui qui vend une hérédité est tenu à la garantie de sa qualité d'héritier; mais il ne doit aucune garantie, quant à l'émolument de la succession. En second lieu, l'acquéreur est saisi de toutes valeurs de la succession; et il est passible de toutes les charges. Tels sont les effets de la vente de l'hérédité, sous le rapport de la garantie due par le vendeur, et de la transmission opérée en faveur de l'acheteur.

300. Cette vente va être examinée sous ce double aspect, dans les deux paragraphes suivans.

§ Ier.

De la garantie due par le vendeur d'une hérédité.

SOMMAIRE.

301. *Le vendeur doit garantir que la succession est ouverte; qu'il est appelé et qu'il est apte à la recueillir.*

302. *Il ne doit point garantie de la valeur de l'hérédité, ni de l'éviction des choses qui la composent.*

301. Le vendeur d'une hérédité ne doit garantir que sa qualité d'héritier; par la raison que c'est la qualité d'héritier qu'il vend, ou du moins le

droit qui en dérive (1); et qu'en principe, la garantie n'est due que de l'objet vendu. (Code civ. art. 1696.)

La qualité d'héritier suppose d'abord qu'il y a une succession ouverte. Elle n'appartient pas encore à celui qui a l'expectative de succéder à une personne actuellement vivante (2). L'on sait d'ailleurs que toutes transactions sur les successions futures sont frappées de prohibitions plusieurs fois répétées dans le Code civil (3). En second lieu, celui-là seul est héritier qui, au degré de parenté plus proche, réunit toutes les conditions exigées par la loi pour succéder au défunt.

L'obligation du vendeur est donc remplie, lorsqu'il vend une succession qui est réellement ouverte, à laquelle il est appelé par ses rapports de parenté avec le défunt, et qu'il est apte à recueillir. Au contraire, il y a lieu à garantie : si celui dont la succession est vendue existe encore; si, la succession étant ouverte, il y a un parent plus proche que le vendeur; si le vendeur, quoique héritier, est incapable ou indigne de recueillir la succession; ou enfin, s'il en est privé par la volonté du défunt. (4)

302. Mais quels que soient le nombre, la nature

---

(1) Lorsqu'on vend une hérédité, dit Pothier, ce n'est pas le titre et la qualité que l'on vend : ce titre et cette qualité sont attachés à la personne de l'héritier et ne peuvent s'en séparer. *De la Vente*, n° 530. *Voy.* infrà, n° 316.

(2) Pothier, *de la Vente*, n° 526.

(3) *Voy.* art. 791, 1130, 1389 et 1600. *Voy.* tome XVI (Ier de la Continuation), n°s 227 et suiv. Pothier, n° 527.

(4) Bourjon, liv. III, tit. III, sect. IV, n° 37.

et la valeur des objets qui composent la succession; soit qu'ils offrent un résultat moindre que celui sur lequel avait compté l'acquéreur; soit qu'il y ait éviction d'une ou de plusieurs des choses qui faisaient partie de la succession; soit que la succession se réduise à rien; ou même que le passif excède l'actif; le vendeur n'est soumis à aucun recours, parce que, encore une fois, c'est son droit qu'il a vendu, et c'est son droit seulement qu'il doit garantir.

303. La disposition qui admet la garantie préjuge la question de savoir si l'héritier véritable est recevable à réclamer, contre le tiers acquéreur de bonne foi, l'hérédité qui lui a été vendue antérieurement par l'héritier apparent. Il est certain, en effet, que la garantie suppose l'éviction, et que l'éviction ne se conçoit qu'autant qu'un héritier, autre ou plus proche que le vendeur, peut exercer son droit, faire valoir sa qualité contre le tiers acquéreur, et retirer de ses mains la succession.

304. Le lien logique qui unit l'idée de garantie, exercée par l'acheteur d'une hérédité contre son vendeur, avec l'idée d'éviction, opérée par l'héritier véritable contre l'acheteur de l'héritier apparent, n'a point échappé à la Cour de cassation. Elle a reconnu que, puisque le vendeur doit garantir sa qualité d'héritier, aux termes de l'article 1696, la vente, faite par celui sur la tête duquel ne réside pas réellement cette qualité, est nulle, même à l'égard du tiers de bonne foi qui a acheté. (1)

(1) Arrêt du 26 août 1833; Sirey, 33. 1. 787; Dalloz, 33. 1. 307

305. Son arrêt, considéré comme statuant sur la question de validité de la vente d'une hérédité consentie par un héritier apparent, a un sens trop clair pour qu'un doute s'élève jamais dans l'esprit de personne. Il paraît qu'on peut avoir des opinions différentes, si l'on examine son influence sur cette autre question, sujet de tant de controverses entre les jurisconsultes : les ventes faites par l'héritier apparent, non de l'hérédité entière, mais d'objets particuliers dépendant de la succession, doivent-elles être maintenues à l'égard des tiers? Il est certain du moins que M. Troplong a vu dans l'arrêt précisément le contraire de ce que j'ai cru y apercevoir.

Dans le volume précédent, en parlant de la vente de la chose d'autrui, j'ai eu occasion de rappeler la discussion qui s'est élevée, touchant la validité des ventes consenties par l'héritier apparent; j'ai dit que M. Toullier et M. Duranton ont pensé que de pareilles ventes étaient nulles, tandis que M. Merlin et la Cour de cassation, par son arrêt du 3 août 1815, se sont prononcés pour la validité. J'ai ajouté enfin que les Cours royales et la Cour de cassation elle-même ont, par des décisions récentes, consacré ce dernier système; et j'ai cité, à l'appui de mon assertion, l'arrêt du 26 août 1833, dont j'ai transcrit les considérans. (1)

---

dans le même sens, arrêt de la Cour de Rouen du 16 juillet 1834, rendu sur le renvoi de la Cour de cassation; Sirey, 34. 2. 443.

(1) Tome XVI (Ire de ma Continuation), n° 225.

Cependant M. Troplong, qui professe la doctrine de la nullité des ventes, trouve dans le même arrêt la confirmation de la thèse qu'il soutient. « La Cour de cassation, dit-il, a fait de tels progrès du côté vers lequel nous nous sommes rangé, qu'il ne lui reste plus qu'un pas à faire encore pour rompre tout-à-fait avec son ancienne jurisprudence et pour être entièrement dans nos rangs. Par arrêt du 26 août 1833, portant cassation d'un arrêt de Paris du 1er mai 1830, elle a jugé en effet que l'acheteur de bonne foi d'une hérédité peut être évincé par l'héritier réel, alors même que cet acheteur aurait acquis d'un héritier apparent, qui avait juste sujet de se croire légalement saisi de la succession. Cette décision remarquable se fonde sur les art. 136, 137, et surtout sur l'article 1696 du Code civil; elle conduit nécessairement à la condamnation de la doctrine de M. Merlin et à l'abandon de la théorie édifiée par les lois romaines et adoptée par quelques arrêts anciens. Il est vrai que l'arrêt que je cite porte sur le cas où il s'agit de la transmission d'une universalité de droits; il est étranger à l'espèce décidée par l'arrêt de la même Cour du 3 août 1815, où l'aliénation portait sur un objet spécial et singulier de l'hérédité, et l'on sait que M. Merlin enseigne qu'il y a une grande différence à faire entre ces deux hypothèses; mais nous allons prouver que cette distinction est chimérique, contraire à la raison, et de tout point inexplicable; de telle sorte que, si la question se présentait encore, la Cour suprême, liée par son arrêt de 1833, ne pourrait que don-

ner un démenti à sa décision de 1815. » (1)

M. Troplong prouve-t-il en effet que la distinction de M. Merlin mérite toutes les épithètes fâcheuses qu'il lui donne? C'est ce que je n'ai point à examiner ici; mais ce que j'affirme, c'est que l'arrêt de 1833 n'annonce point un changement dans les doctrines de la Cour suprême; qu'il se concilie très bien avec la décision de 1815; qu'il montre lui-même que les deux solutions peuvent être admises simultanément; qu'en un mot, il adopte précisément la distinction faite par M. Merlin entre la vente d'une hérédité entière et la vente de certains objets déterminés. En voici le texte : « Attendu, en droit, que si la possession publique, notoire et non contestée de la succession d'un défunt dans la personne de son héritier apparent, *produit une exception de bonne foi pour protéger les actes faits entre lui et les tiers, la même faveur ne peut être étendue à la vente du titre même d'héritier et des droits qui en dérivent*, puisque, suivant l'article 1696 du Code civil, une telle vente suppose nécessairement la réalité du titre d'héritier sur la tête du vendeur, qui est obligé de la garantir. »

Difficilement on parviendrait à trouver une expression plus claire, pour dire que la vente faite par l'héritier apparent d'un objet particulier doit être maintenue, mais que la vente de l'hérédité entière doit être annulée. Cependant M. Troplong donne à l'arrêt un autre sens. A son avis, ce n'est

---

(1) *De la Vente*, n° 960, page 543.

point entre l'aliénation de la qualité d'héritier et l'aliénation de quelques-uns des objets qui composent l'hérédité, que la Cour établit une distinction; ce sont *les actes d'administration* qu'elle oppose *aux actes d'aliénation;* déclarant que l'exception de bonne foi qui protège les premiers, ne protège pas les seconds.

« Il est *clair*, dit-il (1), que la Cour n'entend parler ici que des actes *d'administration*, lesquels se soutiennent par la bonne foi des tiers. L'exception de bonne foi dont elle parle est celle que les tiers puisent dans la vue de la possession paisible, publique, non contestée de l'hérédité; ce n'est pas une exception de bonne foi pour le vendeur, car un héritier apparent peut jouir publiquement, notoirement et sans trouble, et cependant être de mauvaise foi; par exemple, s'il connaît l'existence de l'héritier réel. La Cour de cassation aurait tenu un langage empreint de la fausseté la plus choquante, si elle eût voulu faire allusion aux ventes faites par l'héritier apparent et à leur maintien, par cela seul qu'il aurait joui paisiblement, notoirement et sans trouble! »

Il me semble que M. Troplong mêle et confond ici plusieurs idées, qu'il faut isoler, si l'on veut bien les apprécier.

Il dit d'abord, que la Cour, en parlant des actes protégés par une exception de bonne foi, a eu en vue des actes d'administration; que d'ailleurs la bonne foi dont il est question est celle que les

(1) Nº 960, page 366.

tiers puisent dans la vue de la possession paisible de l'héritier; qu'enfin, si l'arrêt faisait allusion aux ventes consenties par l'héritier apparent, son langage serait empreint de la fausseté la plus choquante.

De ces trois assertions, une seule me touche. Je mets à l'écart ce qui est dit de la bonne foi des tiers et de son origine; je laisse suspendue sur le langage de l'arrêt la critique dont il est éventellement menacé, je m'attache à ceci : la Cour a-t-elle eu en vue des actes d'administration faits par l'héritier apparent, ou des ventes d'objets particuliers consenties par lui? Elle n'a songé qu'à des actes d'administration, dit M. Troplong. Je soutiens qu'elle a voulu parler des ventes. C'est ce point qu'il faut éclaircir, pour savoir quel est le sens de l'arrêt, et s'il contient, comme on le prétend, un désaveu implicite de la décision de 1815. Une fois qu'on saura bien ce qu'il décide, on verra s'il mérite l'éloge ou le blâme.

D'abord, il est incontestable que lorsque la Cour de cassation a été saisie de la question de validité d'une vente consentie par un héritier apparent, elle a examiné ce qu'elle avait décidé en 1815; elle a dû nécessairement se déterminer à confirmer sa jurisprudence antérieure, à l'abandonner, ou à montrer qu'il y avait entre la question jugée en 1815 et celle qui lui était actuellement soumise une différence telle, qu'elle pouvait, sans se mettre en opposition avec elle-même, prononcer aujourd'hui la nullité de la vente faite par l'héritier apparent, quoique autrefois elle l'eût déclarée valable. Or,

précisément les espèces n'étaient pas identiquement les mêmes : en 1815, il y avait eu vente d'un objet déterminé ; en 1833, il s'agissait de l'aliénation de l'hérédité entière. La Cour de cassation s'attache à cette différence ; on ne peut le nier, puisqu'elle se fonde sur les dispositions spéciales à la vente d'une hérédité, et qu'elle tire de l'article 1696 le motif de sa décision. Lors donc qu'elle parle d'autres actes que la bonne foi des tiers protège, sa pensée est dirigée vers ces actes d'aliénation qui n'embrassent pas l'universalité de la succession, qui ne sont relatifs qu'à certains objets particuliers, actes qu'elle a maintenus par un arrêt précédent. Il n'y avait pour elle aucune raison d'établir entre des actes d'administration et des actes d'aliénation un rapprochement que rien ne provoquait ; mais une considération toute puissante devait la déterminer à comparer l'espèce de vente, dont la validité était mise en question, avec les ventes d'une autre nature, sur le sort desquelles sa jurisprudence avait antérieurement prononcé. Voulant décider, et décider par arrêt de cassation, que la vente de l'hérédité consentie par l'héritier apparent est nulle, elle a nécessairement prévu l'objection, prise de ce qu'elle avait précédemment décidé que la vente d'un objet déterminé devait être maintenue ; elle y a répondu, en disant que la faveur accordée aux actes faits entre l'héritier apparent et le tiers ne peut être étendue à la vente du *titre même d'héritier;* et cela par la raison que cette vente est soumise à des règles spéciales.

tel qu'il lui a été présenté; et pour qu'on ne se méprît point sur la portée de sa nouvelle décision, elle a pris la précaution d'indiquer qu'elle n'avait rien d'incompatible avec son ancienne jurisprudence.

La Cour de Rouen, saisie par le renvoi de la Cour de cassation, a, comme elle, proclamé la différence qui existe entre la vente d'un objet particulier et la vente de la succession entière; elle a, comme elle, expressément reconnu que la solution relative à l'une est sans application à l'autre; qu'on doit déclarer la première valable, et la seconde nulle. « Attendu, dit-elle dans son arrêt, qu'il ne s'agit pas dans la cause d'actes *d'aliénations partielles*, mais de vente *de droits successifs* que rien ne peut justifier; *qu'ici la règle qui valide les ventes particulières de l'héritier apparent ne reçoit aucune application.* (1) »

La Cour de cassation ne s'est donc point rapprochée, par son arrêt du 26 août 1833, de la doctrine qui applique à toute vente consentie par l'héritier apparent le principe: que la vente de la chose d'autrui est nulle; elle a établi une distinction entre l'aliénation d'une chose particulière et l'aliénation de l'hérédité; elle a fait clairement entendre que, si elle avait à statuer sur la première, conformément au précédent de 1815, elle la déclarerait valable; mais, ayant à prononcer sur la seconde, elle en a proclamé la nullité. » (2)

---

(1) Sirey, 34. 2. 443.

(2) M. Devilleneuve (Recueil Sirey), a entendu comme moi l'arrêt; la rédaction de sa notice le prouve; d'ailleurs, il a ajouté l'observation suivante: « cette importante décision se concilie parfaitement avec

Entend-on contester la justesse de cette distinction? C'est une discussion différente, dans laquelle je ne dois pas m'engager, elle m'entraînerait hors de mon sujet. Je n'avais ici qu'à montrer que l'arrêt de 1833 déclare nulle, même à l'égard des tiers de bonne foi, la vente de l'hérédité faite par celui qui n'est pas véritablement héritier; et qu'en même temps, ainsi que je l'ai dit dans le volume précédent, loin d'étendre la nullité aux ventes particulières, il confirme la jurisprudence antérieure, qui s'est prononcée pour leur validité.

Entreprendre de justifier ce système, ce serait rentrer dans la controverse sur la question de validité des ventes consenties par l'héritier apparent. Je crois qu'elle est épuisée, et qu'il n'y a rien de nouveau à dire. Au surplus, depuis que j'ai écrit mon premier volume, de nouveaux arrêts sont venus ajouter leur autorité aux monumens de la jurisprudence que j'ai cités. (1)

306. Tout vendeur est tenu à la garantie de ses faits personnels. Rien ne s'oppose à l'application de ce principe à la vente d'une hérédité; car, quelle que soit la nature de l'objet vendu; quelles que

---

l'arrêt *Prepetil*, rendu par la Cour de cassation, le 3 août 1815 (tom. 15. 1. 286) qui a donné naissance à la célèbre controverse entre MM. Toullier et Merlin, sur l'effet des actes d'aliénation consentis par l'héritier apparent. Il s'agissait en effet, dans l'espèce de cet arrêt, de l'aliénation d'objets particuliers, et non comme ici de la vente de *l'universum jus* de la succession, *distinction que la Cour de cassation elle-même, a soin de faire ressortir, dans les considérans de son nouvel arrêt.*

(1) *Voy.* notamment l'arrêt de la Cour de Rouen, rendu sur le renvoi de la Cour de cassation déjà cité; Sirey, 34. 2. 443, et un arrêt de la Cour de Limoges, du 27 décembre 1833; Sirey, 34. 2. 543.

soient les chances auxquelles l'acheteur ait entendu se soumettre; quelque limitée que soit la garantie, à raison du caractère spécial de la vente; il est certain que le vendeur prend toujours l'engagement implicite, sinon d'agir pour conserver la chose en la possession et puissance de l'acheteur, du moins de ne rien faire personnellement qui la lui enlève(1). Celui qui a cédé ses droits successifs, dit Bourjon, est garant qu'il n'a pas fait antérieurement une pareille cession; *elle serait son fait.*(2)

307. Ainsi, en résumé, le vendeur d'une hérédité est garant de sa qualité et de ses faits personnels. Mais les stipulations insérées dans le contrat, ou les circonstances qui l'ont accompagné peuvent accroître ou restreindre l'étendue de la garantie.

308. Si, en vendant l'hérédité, les objets qui la composent ont été spécifiés en détail; cette détermination annonce que l'on n'a pas seulement entendu vendre et acheter en bloc la succession, et que l'intention des contractans a porté sur chacune des choses qui s'y trouvent comprises. Dès-lors la garantie n'est plus limitée à la qualité d'héritier; elle s'étend à chaque objet de la succession, d'après le principe que j'ai souvent répété et qu'il faut sans cesse reproduire, que la garantie est due de ce qui est vendu. En conséquence, le vendeur qui, s'il n'eût rien spécifié, n'aurait été soumis à aucun re-

---

(1) *Venditor hæreditatis satisdare de evictione non debet; cum inter ementem et vendentem agatur, ut neque ampliùs, neque minùs juris emptor habeat, quàm apud heredem futurum esset. Planè de facto suo venditor satisdare cogendus est.* L. 2, *de hæred. vend.*

(2) Liv. III, tit. III, sect. IV, n° 37.

cours, à raison de l'éviction d'un ou de plusieurs objets compris dans l'hérédité, en sera garant par cela seul qu'ils auront été énoncés en détail dans la vente. (Cod. civ. art. 1696.) (1)

309. A plus forte raison, la même garantie est due, si le vendeur s'est formellement expliqué sur la consistance et la valeur de la succession. *Si hereditas venierit, venditor res hereditarias tradere debet. Quanta autem hereditas est, nihil interest, nisi* de substantiâ *ejus affirmaverit.* (2)

310. Ce sont là des exemples d'extension de la garantie ordinaire; voyons maintenant dans quels cas il y a restriction.

311. Une vente d'hérédité faite purement et simplement a toujours quelque chose d'aléatoire; puisque la chose vendue est sujette à augmentation ou à diminution, et qu'il n'y a de certain et de garanti que la qualité d'héritier dans la personne du vendeur. Il est possible d'étendre encore les chances et de les faire porter sur l'existence même du droit du vendeur. Cela a lieu lorsqu'on vend, non l'hérédité, mais des prétentions à l'hérédité. Il est évident que celui qui consent à acquérir, à ses périls et risques, une chose comme douteuse et incertaine, en donne un prix d'autant moins élevé, qu'il s'expose à plus de hasards; il n'a donc pas le droit de venir réclamer ce qu'il a payé, lorsque les chances qu'il a voulu courir

---

(1) M. Delvincourt, tome III, notes, page 174.

(2) L. 14 et 15, ff. *de hæred. vel act. vend.*

ont tourné contre lui (1). Il ne peut pas même dire qu'il est évincé de la chose qui a été l'objet du contrat; car ce n'est pas la succession qu'il a entendu acquérir, ce sont seulement des prétentions à cette succession. (2)

312. Toutefois, s'il n'y avait point d'incertitude pour le vendeur au moment du contrat, s'il savait que ses prétentions sont sans aucun fondement, il y aurait eu dol de sa part à vendre, même comme incertain, un droit qui n'existait pas et qu'il savait ne pas exister; par conséquent le contrat serait nul. (3)

313. Lorsque la garantie est due par le vendeur, et qu'aucune des circonstances ou des stipulations, dont j'ai parlé, n'en restreint l'étendue; l'acquéreur a droit de réclamer la restitution du prix, les frais et loyaux coûts du contrat, les frais de l'instance dirigée par le demandeur originaire, ceux de la demande en garantie, et enfin des dommages-intérêts, s'il y a lieu. Ce sont là les effets de la garantie imposée à tout vendeur (4), et spécialement au vendeur de choses incorporelles, comme on l'a vu précédemment. (5) On n'aperçoit aucun motif pour qu'ils soient différens, au cas de vente d'une hérédité. (6)

314. Il n'y a point de distinction à établir entre

---

(1) Suprà, n° 75.

(2) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 331 et 339; Pothier, *de la Vente*, n° 529; L. 10 et 11, ff. *de hæred. vel. act. vend.*

(3) Pothier, *de la Vente*, n° 529; L. 12. ff. *de hæred. vel. act. vend.*

(4) Tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 356.

(5) *Voy.* Suprà, n° 262.

(6) Domat, liv. I, tit. II, sect. X, n° 24.

le cas où l'hérédité vendue n'est pas ouverte et celui où le vendeur n'est pas héritier. Sans doute, dans une hypothèse, la vente est nulle, parce que la chose vendue n'existe pas; et, dans l'autre, elle est nulle, parce que la chose vendue appartient à autrui; mais cette différence dans les causes qui produisent l'éviction et qui donnent ouverture à l'action en garantie, ne change rien aux effets de cette action. On ne peut dire que, dans un cas, la restitution du prix soit due à l'acheteur, et que, dans l'autre, ce soit la valeur de la succession.

La loi 8 ff. *de hæred. vel act. vend.* est contraire à mon sentiment. Elle dit que le vendeur d'une hérédité non ouverte doit restituer le prix, et que le vendeur de l'hérédité appartenant à autrui doit l'estimation de l'hérédité. (1)

Cette distinction pouvait se justifier à une époque où le vendeur n'était pas tenu de transmettre la propriété, où il s'obligeait seulement à faire avoir la chose à l'acheteur, où par conséquent on reconnaissait que la vente de la chose d'autrui était valable; mais elle n'est plus admissible sous l'empire du Code, qui fait la vente translative de la propriété, et qui par suite déclare nulle la vente de la chose d'autrui. (Art. 1583 et 1599.)

Pothier montre très clairement comment s'enchaînent les anciens principes sur les effets de la

---

(1) *Quòd si nulla hereditas ad venditorem pertinuit quantùm emptori præstare debuit, ita distingui oportebit : ut si est quidem aliqua hereditas, sed ad venditorem non pertinet,* ipsa æstimetur; *si nulla est, de quâ actum videatur,* pretium dumtaxat, *et si quid in eam rem impensum est, emptor à venditore consequatur.*

vente et la règle qui, dans une des deux hypothèses, attribue à l'acheteur évincé la valeur de l'hérédité.

« La vente d'une hérédité n'est pas valable, dit-il (1), s'il n'y a pas encore d'hérédité. Mais il n'est pas nécessaire, pour que la vente soit valable, que l'hérédité appartienne au vendeur, car, selon les principes établis en la première partie, n° 7 (2), la vente qu'une personne fait de la chose d'autrui est valable, *res aliena vendi potest.* C'est pourquoi celui qui vend des droits successifs qui ne lui appartiennent point, *putà,* parce qu'il n'est pas en degré de succéder, ou qu'il n'est héritier que pour une moindre partie que celle *qu'il* a vendue, contracte valablement, et s'oblige à faire avoir à l'acheteur la valeur de cette hérédité qu'il a vendue, c'est-à-dire tout ce qu'il aurait eu si l'hérédité lui avait effectivement appartenu. »

Aujourd'hui, au contraire, la vente d'une hérédité ouverte, et qu'un autre que le vendeur est appelé à recueillir, est nulle, comme vente de la chose d'autrui; le prix payé par l'acheteur doit par conséquent lui être rendu. (3)

---

(1) *De la Vente*, n° 528.

(2) Dans ce numéro, Pothier dit que l'on peut vendre la chose d'autrui et que le contrat de vente ne consiste pas dans la tradition de la propriéte de la chose vendue; qu'il suffit, pour qu'il soit valable, que le vendeur se soit valablement obligé de faire avoir la chose vendue.

(3) Bourjon, quoiqu'il écrivit sous l'empire des anciens principes, prévoit le cas où l'action en garantie est exercée contre celui qui a vendu une succession, dont il est exclu par un légataire universel, et il dit qu'il est obligé *de rendre le prix du transport*, liv. III, tit. III, sect. IV, n° 38.

En exposant les principes généraux sur la garantie, j'ai montré qu'il ne faut pas considérer l'éviction seulement comme un fait causant un dommage dont le vendeur doit la réparation; j'ai dit que l'éviction résulte de ce que le vendeur n'a point transmis la propriété, comme il s'y était obligé, qu'elle démontre qu'il a manqué à ses engagemens; ce qui autorise l'acheteur à ne pas accomplir les siens ou à se faire restituer ce qu'il a déjà donné pour leur exécution (1). Cette théorie est puisée dans les articles 1630 et suivans du Code civil, et il n'y a point de raison pour s'en écarter ici.

Il est vrai que l'acheteur doit non-seulement obtenir la réparation de toutes les pertes qu'il éprouve, mais encore être indemnisé du gain dont il est privé; et si, au moment où l'éviction a lieu, la chose vaut plus que la somme qu'il a payée, il a le droit d'exiger, à titre de dommages-intérêts, la différence entre le prix et la valeur actuelle de la chose (Cod. civ. art. 1633.) Par application de ce principe, l'acheteur pourrait, si l'hérédité avait augmenté de valeur, au moment de l'éviction, réclamer d'abord son prix, puis la différence entre le prix et la valeur de l'hérédité; et ainsi il aurait la valeur de la succession. Mais, malgré cela, il y aura toujours une grande différence entre la règle consacrée par le Code civil et la décision de la loi romaine, qui fait de la valeur de

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation), nos 357 et 358.

la succession, le résultat constant de l'action en garantie exercée par celui qui a acheté une succession d'un autre que du véritable héritier.

En effet, dans ce dernier système, si la valeur de l'hérédité avait diminué depuis le jour du contrat, l'acheteur, qui n'aurait droit qu'à cette valeur, ne retrouverait pas ce qu'il aurait déboursé. Or, d'après les articles 1630 et suiv., l'exercice de l'action en garantie peut procurer à l'acheteur quelquefois exactement le prix qu'il a payé, quelquefois plus, jamais moins. (1)

M. Duranton (2) et M. Troplong (3) enseignent que la distinction de la loi 8 *de hered. vend.* doit être suivie. Ils n'ont pas songé à la différence, qui existe entre les principes du droit romain et ceux du Code civil, et qu'ils ont d'ailleurs eux-mêmes si bien établie.

315. La stipulation que la vente est faite *sans garantie* n'affranchit pas le vendeur de tout recours. De même que, nonobstant cette clause, le vendeur des choses incorporelles, en général, est tenu d'en garantir l'existence (4); de même le vendeur d'une hérédité reste garant de sa qualité d'héritier. Il doit donc la restitution du prix si l'acheteur est évincé de la succession; mais il est à l'abri de toute demande en dommages-intérêts. On ne peut raisonnablement

---

(1) Voy. tome XVI (Ier de ma Continuation), nos 358 in fine et 366.

(2) Tome XVI, n° 518.

(3) N° 956.

(4) Voy. suprà, n° 266.

refuser cet effet à la clause de non-garantie, et l'on ne saurait lui en attribuer un plus étendu. Laisser subsister l'action pour les dommages-intérêts, ce serait supposer que les parties n'ont rien voulu exprimer, par l'insertion des mots *sans garantie;* et cela n'est pas vraisemblable. Dispenser le vendeur de restituer le prix à l'acheteur évincé, ce serait considérer la vente comme ayant reçu de la convention des parties un caractère aléatoire; et c'est ce qu'on ne doit pas admettre légèrement. L'équité naturelle est blessée, lorsque l'un des contractans, qui a rempli ses obligations, est privé de la chose qu'il avait eu l'intention d'acquérir; et ce résultat n'est tolérable, que lorsque la volonté de s'exposer à cette chance est clairement manifesté.

---

§ II.

Des droits que transmet, et des charges qu'impose la vente d'une hérédité.

SOMMAIRE.

316. *Celui qui vend une hérédité n'aliène point sa qualité d'héritier.*
317. *Idée générale des effets d'une vente d'hérédité.*
318. *Choses que peut réclamer l'acquéreur de l'hérédité.*
319. *L'acheteur a le droit d'exiger de l'héritier le prix*

351. *Est-il nécessaire que la vente de l'hérédité soit notifiée, aux termes de l'art. 1690, pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers? Distinction.*

316. Celui qui vend une hérédité ne transmet pas précisément le titre et la qualité d'héritier; il transfère seulement les droits et les charges attachés à cette qualité.

On comprend qu'il ne dépend pas de la volonté de celui qui est héritier de donner à un tiers son rang dans la famille et son degré de parenté. Sous ce premier rapport, il est évident que le titre et la qualité d'héritier ne sont pas transmissibles. « Je ne puis m'obliger envers un autre, dit Pothier, à lui faire avoir une chose qui, par sa nature, ne peut subsister dans une autre personne que dans la mienne. » (1)

D'ailleurs la qualité d'héritier, une fois acquise, impose à celui qui en est revêtu certaines obligations envers les créanciers et les légataires de la succession. Il ne peut, par un acte de sa volonté, s'en affranchir; il reste donc à leur égard héritier, malgré la cession de ses droits successifs. Sous ce point de vue, il est encore vrai que l'on ne peut vendre le titre et la qualité d'héritier.

Cependant comme, relativement à l'acheteur, la vente de l'hérédité embrasse tous les droits dont l'héritier est investi et toutes les charges dont il est tenu, tout ce qui, en un mot, dérive de sa qualité; on pourrait, jusqu'à un certain point, dire que le titre et la qualité sont transmis. L'article 1696,

(1) *De la Vente*, n° 530.

en imposant l'obligation au vendeur de garantir *sa qualité d'héritier*, semble autoriser cette manière de s'exprimer, sur le sens de laquelle il ne peut au surplus s'élever aucun doute.

317. La loi 2 ff. *de hered. vel act. vend.* donne une idée fort exacte du but et des effets de la vente d'une hérédité, en disant que l'acheteur acquiert les droits qu'aurait eus l'héritier, s'il n'avait pas vendu, ni plus ni moins. *Id inter ementem et vendentem agitur ut neque ampliùs, neque minùs juris emptor habeat, quam apud heredem futurum esset.* Toutes les règles établies par la législation ou consacrées par la jurisprudence sur cette matière ne sont que les développemens de cette pensée.

318. Ainsi, l'acquéreur a droit aux choses qui étaient comprises dans l'hérédité, à l'époque de l'ouverture de la succession; à celles qui en faisaient partie, au moment de la vente, et à celles enfin qui s'y réuniront à l'avenir. Il a droit également à la restitution des fruits qu'aurait perçus l'héritier, au remboursement des créances qu'il aurait reçues, et au paiement du prix des ventes d'effets de la succession qu'il aurait touché, avant la cession de ses droits (Cod. civ. art. 1697). Les fruits lui sont dus comme accessoires de la chose qui les a produits, et en vertu de la maxime: *fructus augent hereditatem.* Les deniers provenant du remboursement des créances ou de la vente des biens héréditaires, sont dans la succession, comme y étaient les créances et les biens. Enfin, à quelque époque qu'une chose advienne à la succession, il est évident que

le titre existait au moment de l'ouverture, et qu'il a été transmis à l'acheteur. (1)

319. Le droit qu'a l'acheteur d'exiger de l'héritier le remboursement du prix des choses vendues avant la cession de l'hérédité n'est point modifié, parce que ces choses auraient péri, entre les mains du tiers-détenteur; car les deniers composant le prix n'en sont pas moins dans la succession.

320. Les ventes qui seraient faites par l'héritier postérieurement à la cession, seraient nulles comme consenties *à non domino*; d'où la conséquence que l'acheteur de la succession n'aurait pas seulement le droit de réclamer le prix contre son vendeur, mais qu'il pourrait revendiquer les choses mêmes contre les tiers-détenteurs.

321. Toutefois, s'il s'agit d'objets mobiliers, si les acquéreurs ont été mis en possession, et s'ils sont de bonne foi, ils devront être maintenus. Dans les ventes de meubles, entre deux acquéreurs successifs, la préférence est accordée à celui qui réunit la possession à la bonne foi; quoiqu'il ne soit pas le premier (2): l'acquéreur de l'hérédité n'aura donc qu'une action en dommages-intérêts contre son vendeur. (3)

---

(1) *Antequàm quidem corpora rerum hereditariarum nactus venditor fuerit, hactenùs videri ad eum pervenisse, quatenùs mandare potest earum rerum persecutionem, actionesque tribuere.* L. 2. ff. *de hæred. vend.* § 3.

(2) Tome XVI (1er de ma Continuation), n° 37.

(3) La loi 9. ff. *de hæred. vend.*, et Pothier, *de la Vente*, n° 532, ne distinguent pas entre les ventes d'objets mobiliers et les ventes d'immeubles. Ils décident pour toutes que l'acheteur de l'hérédité n'a

322. Si la chose vendue postérieurement à la cession des droits successifs vient à périr, il semble que l'acheteur de l'hérédité ne puisse pas répéter le prix que son vendeur a reçu. On vient de voir en effet qu'en principe, la vente est nulle, que l'action en revendication est ouverte à l'acheteur; et que si la tradition suffit pour faire maintenir la vente d'objets mobiliers, à l'égard des tiers de bonne foi, l'acheteur a contre le vendeur une action en dommages-intérêts. Ce n'est donc pas le prix reçu par le vendeur, c'est la chose même que l'acquéreur de l'hérédité a le droit de réclamer; d'où il faut conclure que si la chose a péri par cas fortuit, l'action en revendication, ou l'action en dommages-intérêts qui la remplace, se trouvant éteinte, l'acquéreur n'a plus aucune répétition à exercer. Ce raisonnement devrait être accueilli, s'il s'agissait de la vente d'un ou de plusieurs objets déterminés. « Si vous m'avez vendu, dit Pothier, une chose particulière que vous avez depuis, contre la foi du contrat de vente, vendue et livrée à un tiers, et que cette chose soit depuis périe par un cas fortuit, vous êtes entièrement libéré de votre obligation, et je ne puis vous demander le prix que vous en avez reçu du second acheteur; car il

droit qu'aux dommages-intérêts contre le vendeur et que les ventes sont maintenues à l'égard des tiers; mais M. Troplong fait très bien remarquer que, sous le Code, c'est seulement dans les ventes d'objets mobiliers que la tradition est nécessaire pour transmettre la propriété à l'égard des tiers; que dans les ventes d'immeubles, le seul consentement suffit; d'où il conclut que les ventes de meubles seront maintenues, et que les ventes d'immeubles seront annulées.

n'y avait que la chose qui vous fût due(1). » Au contraire, dans la vente d'une hérédité, le vendeur est débiteur envers l'acquéreur, non pas seulement de chacun des objets qui composent la succession, mais de tout ce qu'il reçoit comme héritier (2); or, c'est en qualité d'héritier qu'il a vendu la chose, et qu'il a reçu le prix; il doit donc le rendre à son acquéreur, quels que soient les évènemens ultérieurs. La loi 21 ff. *de hæred vend.* donne une autre raison qui me paraît très puissante, c'est qu'on doit considérer l'héritier qui a vendu une chose de la succession, qu'il avait précédemment aliénée, comme ayant géré l'affaire de son acheteur et comme étant à ce titre obligé de lui rendre tout ce qu'il a reçu.

323. Il doit être tenu compte à l'acheteur de la valeur des choses que l'héritier a consommées pour son usage avant la vente; car le vendeur de droits successifs doit faire raison de tout ce qui existait à l'époque de la succession et de tout ce dont il a profité.

324. Même, s'il a disposé par donation de choses faisant partie de la succession, on décide que l'estimation en est due par lui à l'acquéreur. C'est la disposition expresse de la loi 2, § 3, ff. *de hæred vend.* on y lit : *Rerum ante venditionem donatarum pretia præstari æquitatis ratio exigit.* Pothier donne pour raison que le vendeur doit tenir compte de tout ce

(1) *De la Vente*, n° 533.

(2) Cet argument avait une force particulière sous l'empire des lois romaines, parce que dans les ventes d'hérédité on avait coutume d'insérer des stipulations dites *emptæ et venditæ hæreditatis*, par

qui lui est parvenu de la succession, et que ces choses lui sont parvenues, quoique par la suite il en ait disposé, ou qu'il les ait consommées (1). Je ne conteste pas le principe, mais je trouve bien rigoureuse l'application qui en est faite aux choses données. Il me semble qu'entre le cas où l'héritier a aliéné à titre onéreux, où il a consommé pour son usage des objets dépendans de la succession, et celui où il en a disposé à titre purement gratuit, il y a une différence qu'on n'a pas appréciée. Si l'héritier a vendu ou consommé, le prix existe dans ses mains, réellement, ou du moins en ce qu'il a économisé, sur ses biens personnels, précisément ce qu'il a absorbé sur les biens de la succession; alors on entend que l'équité prescrive de rendre, au lieu des choses vendues ou absorbées, leur valeur. Mais si l'héritier a donné, la chose n'est plus dans la succession et rien ne l'y remplace; on ne la retrouve point sous une autre forme; elle n'est pas même fictivement représentée par l'économie faite sur le patrimoine personnel du vendeur. Dès-lors l'équité me semble ne pas conduire à la solution qu'elle dicte dans l'autre hypothèse. M. Duranton prévoit l'objection. Il répond qu'on ne peut pas dire absolument que l'héritier n'a pas profité des choses données. Il en a profité, dit-il, en tant qu'il a épargné ses autres

---

lesquelles, le vendeur promettait expressément de rendre à l'acheteur, tout ce qui lui adviendrait de l'hérédité, et l'acheteur, de dédommager le vendeur de tout ce qu'il pourrait perdre à l'occasion de l'hérédité. Pothier, *Pand.*, lib. 18. sect. I. art. 1. n°s 3 et 7.

(1) *De la Vente*, n° 535.



biens, qu'il aurait probablement employés pour le même objet. (1)

On peut très bien contester cette probabilité: il est, au contraire, présumable que l'héritier n'eût pas fait la donation, s'il n'avait pas recueilli l'héritage. On se montre d'autant plus libéral qu'on est plus riche. D'ailleurs, ce n'est pas sur des probabilités que doivent se fonder des droits.

En résumé, on conçoit que l'héritier, qui vend ses droits successifs, ait l'intention d'y comprendre les prix de vente qu'il a reçus, ce dont il a profité en consommant les biens héréditaires ou leurs fruits; mais il est naturel de supposer qu'il n'entend pas s'obliger à fournir la valeur des choses, dont il a disposé par acte de libéralité; il est vraisemblable qu'il n'a voulu transmettre que l'hérédité amoindrie par les donations antérieures; qu'il a entendu exclure de la vente les objets donnés.

Du moins, cette intention devra se supposer, pour peu que les circonstances ou les termes de la convention concourent à la manifester. Si, par exemple, le prix de la vente est évidemment inférieur à la valeur de la succession, en y faisant rentrer les biens donnés; et s'il paraît en harmonie avec la valeur de la succession, abstraction faite de ces biens, il y aura raison suffisante pour admettre que l'héritier a voulu les exclure.

325. Le vendeur doit délivrer les choses qui

(1) Tome XVI, n° 522.

composent la succession dans l'état où elles se trouvent au moment de la vente. Il n'est pas responsable des pertes ou des dégradations survenues, depuis l'ouverture de la succession, même par sa faute; car comme il était propriétaire des biens héréditaires, comme il ne les devait à personne et n'était obligé à aucun soin, il ne pouvait véritablement commettre de faute dans leur gestion. (1)

326. On a demandé s'il serait responsable des pertes causées par son dol ou par sa faute grave? La responsabilité est certaine, si le dol ou la faute sont postérieurs à la vente; cela rentre dans la garantie des faits personnels dont tout vendeur est tenu. Mais la question a été posée pour le temps qui a précédé la vente (2). Il me semble qu'il n'est guère possible qu'elle se présente dans cette hypothèse. Je viens de le dire, et c'est Pothier qui fait cette réflexion pleine de sens, tant qu'il n'y a pas de vente l'héritier est seul propriétaire, aucun devoir ne lui est imposé, il ne peut donc commettre de faute; à plus forte raison, il n'y a pas de dol possible dans cette position. Contre qui donc dirigerait-il ses machinations frauduleuses, alors qu'il n'est encore en contact avec personne? Les lois romaines citent comme actes constitutifs du dol les moyens employés pour empêcher certains objets d'advenir à l'hérédité. *Fecisse autem dolo malo quominùs perveniat videtur, sivè alienavit quid, vel etiam accepto*

---

(1) Pothier, n° 535.
(2) M. Troplong, n° 966.

quem liberavit, vel id egit dolo malo ne de hæreditate acquiretur vel ne possessionem adipisceretur, quam posset adipisci (1). Il y aurait folie et non pas dol, de la part de celui qui, n'ayant point encore aliéné l'hérédité, s'efforcerait d'en diminuer la valeur, et d'empêcher que des choses qui pourraient lui advenir ne lui advinssent. Ces textes font donc nécessairement allusion à des faits postérieurs à la vente; et il était d'autant plus naturel de les prévoir, que, dans l'ancien droit romain, le vendeur pouvait trouver de fréquentes occasions de nuire à l'acheteur par des actes semblables; puisque la vente de l'hérédité ne transmettait pas les actions héréditaires à l'acheteur et que le vendeur restait chargé de les exercer. (2)

327. M. Delvincourt (3) et M. Dalloz (4) ont très bien compris qu'avant la vente de l'hérédité il n'y a pas de dol possible, de la part de l'héritier; du moins, selon eux, il ne se conçoit que dans le cas où l'héritier, ayant déjà l'intention de vendre, aurait employé des manœuvres frauduleuses pour diminuer à son profit la valeur des objets composant la succession, sans que l'acquéreur pût s'en

---

(1) L. 2. ff. *de hæred. vel. act. vend.* § 5.

(2) Les actions directes n'étaient pas données à l'acheteur; c'est un rescrit d'Antonin-le-Pieux, qui ordonna de lui accorder les actions utiles. Pothier explique les motifs qui ont déterminé cette innovation. *Hoc rescriptum summâ æquitate nititur; nec aliter poterat subveniri emptori hereditatis, quum venditor solvendo non esset et hæreditatis actiones emptori mandare nollet. Pandect.*, lib. 18, tit. 4.

(3) Tome III, notes, page 174 et 175.

(4) V° *Vente*, sect. 3, n° 15.

apercevoir avant la vente. Mais, dans cette hypothèse, le dol ne consisterait pas à avoir diminué la valeur des choses héréditaires ou à les avoir fait périr; il résiderait dans le fait d'avoir trompé l'acquéreur, sur la valeur ou sur l'existence des objets composant la succession.

328. Les transactions faites par l'héritier, avant la vente, doivent être respectées par l'acheteur. Il a droit seulement de réclamer ce que le vendeur aurait reçu à cette occasion; il ne peut critiquer l'opération en elle-même, sous prétexte que l'héritier aurait trop facilement abandonné ses droits ou ses prétentions.

329. Si les transactions sont postérieures à la vente des droits successifs, elles seront maintenues à l'égard des tiers qui, de bonne foi et dans l'ignorance de la cession consentie par l'héritier, auront contracté avec lui; mais le vendeur sera tenu de restituer le prix des transactions, et en outre il sera responsable des actes, s'ils causent quelque dommage à l'acheteur. (1)

330. Quant aux titres de créances actives, le vendeur est dégagé envers l'acheteur par la remise qu'il lui en fait. Il est évident qu'il n'est point tenu à la garantie de la solvabilité des débiteurs, à moins qu'il ne fût en demeure de livrer à l'acheteur les titres nécessaires pour qu'il pût se faire payer; et que l'insolvabilité des débiteurs ne soit survenue pendant la demeure. (2)

(1) L. 2. ff. *de hæred. vel. act. vend.* M. Troplong, n° 968.

(2) Pothier, *de la Vente*, n° 537.

331. Si, par le fait de l'acceptation de l'hérédité, et au moyen de la confusion qui s'est opérée dans la personne de l'héritier, celui-ci s'est trouvé libéré de quelque dette, ou affranchi de quelque charge, il doit en tenir compte à l'acheteur; parce que c'est un émolument qui lui est advenu de la succession et qu'il ne peut rien en conserver. (1)

332. Ainsi, lorsque l'héritier était débiteur du défunt; il se trouve libéré par la réunion sur sa tête de la qualité de débiteur et de celle de créancier; mais s'il vend l'hérédité, il devra payer le montant de la dette à l'acheteur. (2)

333. Par la même raison, si un fonds appartenant à l'héritier était sujet à une servitude envers un fonds appartenant au défunt, l'héritier devra rétablir, au profit de l'acquéreur des droits successifs, la servitude qui s'était éteinte par la réunion, dans une seule main, du fonds servant et du fonds dominant. (3)

334. L'héritier doit-il aussi rendre à l'acheteur ce qu'il aurait reçu d'une personne qui se croyait faussement débitrice de la succession?

Pothier répond qu'en principe, le vendeur n'est pas obligé d'en tenir compte; parce que, quoique cette somme lui soit parvenue à l'occasion de la succession, néanmoins elle ne lui est pas pro-

---

(1) Mais l'effet de la confusion subsiste à l'égard des tiers. *Voy.* ci-après, n° 346.

(2) L. 20. § 1, *de hæred. vel. act. vend.* Pothier, n° 538; M. Troplong, n° 670; M. Delvincourt, tome III, notes, page 175. Contrà, Mornac. *ad. d. l.*

(3) Pothier, n° 538.

venue de la succession à qui elle n'était pas due, et qu'il la tient plutôt de l'erreur de celui qui l'a payée, que de la succession. (L. 2, § 7 de *hæred vend.*) Mais il fait remarquer que cette théorie restera nécessairement sans application (1). En effet, si l'héritier n'a plus entre les mains la somme qu'il avait indûment reçue, parce qu'il s'est aperçu de l'erreur et qu'il a fait la restitution; alors l'acheteur ne peut en exiger la remise, non-seulement parce qu'elle n'était pas due à l'hérédité; mais aussi, et surtout, parce qu'elle n'est plus entre les mains du vendeur. Si, au contraire, l'héritier a la somme, il doit la rendre; il est non recevable à soutenir qu'elle n'était pas due à la succession; car on lui répondrait, dit très bien Pothier, *pourquoi la retenez-vous donc?*

L'art. 1993 du Code civil confirme cette opinion. Il oblige le mandataire, à faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu, en vertu de sa procuration, *quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant*. L'on trouve le même principe consacré dans la loi 23 ff. de *negotiis gestis*.

M. Duranton (2) croit qu'il n'y a pas d'analogie entre la position du mandataire ou gérant et celle de l'héritier; il fait remarquer que le gérant reçoit au nom de celui dont il fait l'affaire, tandis que l'héritier reçoit *suo nomine*. Cette distinction ne me paraît point décisive : c'est au nom de la succession que l'héritier a reçu la chose non due;

(1) N° 539.
(2) Tome XVI, n° 523.

c'est donc à celui à qui la succession appartient que la chose doit profiter.

335. J'ai dit précédemment que l'acquéreur prend les choses de la succession, dans l'état où elles se trouvent au moment de la vente ; et j'ai montré ce que l'application de cette règle peut avoir de défavorable pour lui : il est donc juste qu'il en tire avantage, lorsque les circonstances le permettent (1). En conséquence, les améliorations que l'administration de l'héritier a produites, les droits qui ont été acquis par lui, appartiennent à l'acquéreur. Si, par exemple, l'héritier a obtenu d'un débiteur de la succession une hypothèque, un gage, ou un cautionnement, l'acquéreur en est saisi, comme il l'est de l'obligation principale. (2)

336. L'héritier peut, en vendant la succession, réserver certains objets. L'art. 1697 ne parle de cette faculté que relativement aux fruits consommés, aux créances et aux prix de ventes reçus; mais rien n'empêche de comprendre dans la réserve des objets existans au moment de la vente. La volonté des contractans est entièrement libre.

337. Lorsque la chose réservée produit des fruits, ceux qui sont échus depuis la vente appartiennent sans contredit à l'héritier, qui, propriétaire du principal, a droit à l'accessoire : on décide, au contraire, que ceux qui avaient été perçus avant l'aliénation sont dus à l'acquéreur. Par la perception, ils étaient devenus un être distinct et séparé de la chose qui les

(1) Suprà, n° 324.
(2) L. 2. § 8. ff. *de hæred. vend.*

avait produits; par conséquent, la réserve de la chose ne les embrasse point virtuellement. (1)

338. Il est certains objets que l'on doit présumer n'avoir pas été compris dans la vente. Ce sont les choses qui, presque sans valeur intrinsèque, ont cependant du prix pour l'héritier. Tels sont les papiers, les portraits et les armoiries de famille, les lettres de noblesse (2); peut-être même les décorations et les armes d'honneur.

L'acheteur n'a en vue que l'émolument utile de la succession. Des objets très précieux pour une famille, à qui elle rappelle des souvenirs chers ou honorables, ne représentent pour l'étranger que leur valeur vénale, ordinairement très faible. Il est donc raisonnable de penser que celui-ci n'a pas songé à les acquérir, et que la famille n'a pas voulu les vendre. « Les armes d'honneur, dit un avis du Conseil d'état du 5 brumaire an XIII, toujours méritées par des actions éclatantes, et l'épée des officiers décédés après avoir bien servi leur pays, sont une *propriété sacrée et la portion la plus précieuse de leur héritage;* l'aspect de ces armes peut inspirer aux descendans de ceux qui les ont obtenues ou portées le desir de suivre leurs glorieux exemples. » Peu s'en faut, on le voit, que cet acte ne les déclare *inaliénables;* du moins il montre qu'on ne peut facilement supposer qu'elles ont été aliénées.

(1) Pothier, n° 540. L. 25. ff. *de hæred. vend.*

(2) Denizart, v° *Cession de droits litigieux;* M. Dalloz, v° *Vente,* sect. III, n° 8; M. Troplong, n° 974.

339. Du principe, qui attribue à l'acquéreur d'une hérédité, non-seulement ce qui existait au moment de l'ouverture de la succession et au moment de la vente, mais tout ce qui pourra advenir à une époque quelconque, *non tantùm quod ad venditorem pervenit sed quod et quandoque pervenerit*, il paraît résulter que la part d'un cohéritier du vendeur qui lui échoit, par droit d'accroissement, postérieurement à la vente, doit profiter à l'acheteur. Cette opinion a été adoptée par beaucoup de jurisconsultes; d'autres en plus grand nombre, ont embrassé l'opinion contraire. Fachin (1), suivant sa méthode ordinaire, met en

---

(1) Controversiæ, lib. V, cap. 101, *Duæ sunt*, dit-il, *contrariæ doctorum sententiæ. Altera emptori accrescere, altera venditori. Prioris auctores sunt*, Bartholus *ad l. re conjunct. de leg.* Curtius Junior et Sebastianus Sapia *ad l. unicam C. quandò non petent. partes.* Duaren *de jure accrescendi, lib. 2, caus. 6. Posterioris autem* Jason, Ripa et Crotus *in d. l. re conjuncti.* Salicetus *in l. unicâ C. quandò non petent. partes.* Vasquius *de tacitis substit, seu jure accrescendi lib.* 3, § 21. n° 65. *verùm illud autem dubium est.* Ant. Gomez, *tom. 3. tit. de jure accrescendi*, cap. 10, n° 44. Cujacius, *lib. 10, observ. cap.* 13,

A la liste des auteurs qui veulent que l'accroissement profite à l'héritier, il faut ajouter Vinnius, *Quæst. select, lib. I, cap.* 55, qui lui-même cite Papillon, *in tract. de jure accrescendi.* Ricard, *des Donations*, part. 3, chap. 3, sect. 4, n° 513; Brunnemann, *in leg.* 2, § 4 *de hæredit. vend.*; Lapeyrère, lettre A; Laurière, sur l'art. 310, coutume de Paris; Legrand, sur la coutume de Troyes, 111, glos. 1, n° 20; et parmi les auteurs modernes, le Répertoire de jurisprudence, v° *Droits successifs*, n° VII; M. Duranton, tome XVI, n° 514; M. Delvincourt, tome III, notes p. 175; M. Troplong, n° 972.

L'opinion opposée compte parmi ses partisans, Perez, *de hæred. vend.* Voet, *de hæred. vend.* et Furgole, tome 3, p. 352. Pothier ne dit pas son avis d'une manière formelle. Mais à la manière dont il analyse les argumens qui militent pour les deux systèmes, on aperçoit aisément qu'il est favorable à celui qui refuse le bénéfice de l'accroissement à l'acheteur. *Voy.* n° 546.

présence les docteurs qui ont soutenu l'un et l'autre système; il cite les textes et les argumens sur lesquels ils se sont fondés, et il se prononce en faveur de l'héritier. Je crois que son sentiment doit être suivi: les raisons qu'il donne me paraissent complètement satisfaisantes. Il fait remarquer qu'il n'est pas vraisemblable que l'héritier, en vendant sa part héréditaire, ait eu l'intention de vendre celle de son cohéritier, qui ne lui appartenait pas, et qu'il ne prévoyait pas devoir lui appartenir; qu'il est bien évident qu'en stipulant le prix, il l'a calculé, d'après la valeur de sa portion seule, non d'après la valeur des deux portions réunies. Il répond à l'objection tirée de ce que l'acheteur tient la place de l'héritier, et qu'il a acquis tous les droits successifs; que cela est vrai pour la portion du vendeur qu'il a achetée, et non pour la portion du cohéritier qu'il n'a pas achetée. *Respondeo verum esse, quod asseritur, emptorem loco hæredis esse et omnia jura hæreditaria obtinere, scilicet in hæreditatis portione quam emit, non in alterâ portione quam non emit.* Vinnius (1) exprime la même pensée en d'autres termes. « *Illa autem quæ passim in l.* 2 *ff. de hæred. vel act. vend. occurrunt, quod venditum intelligatur jus omne hæredis, quod ad emptorem transeat, quantùm penès venditorem est, vel quandòque ad eum perventurum est; quod emptor vicem hæredis obtineat: accipienda sunt de*

(1) *Quæst. select.* lib. I, cap. 55.

En conséquence, on a jugé et dû juger que les biens devaient être rendus au parent le plus proche de l'émigré, au jour de la remise; non au légataire du parent, qui, s'il vivait, serait l'héritier; et encore moins au cessionnaire des droits successifs. (1)

En un mot, dans l'intention de la loi, les biens rendus ne faisaient point partie de la succession de l'émigré; l'acquéreur de la succession n'y avait donc aucun droit. L'héritier a dû les recueillir, non en vertu de son droit héréditaire, mais en vertu de la libéralité qui lui était faite personnellement.

Ainsi s'expliquent d'une manière satisfaisante les arrêts rendus, en exécution de la loi de 1814.

La loi de 1825, je l'avoue, a été conçue dans un autre esprit; les débats parlementaires le prouvent et il suffit de lire l'art. 7 pour s'en convaincre. Il y est dit que les personnes admises à réclamer l'indemnité sont l'ancien propriétaire, et, à son défaut, les Français qui étaient appelés par la loi ou par sa volonté à le représenter, *à l'époque de son décès*. L'indemnité est donc censée avoir fait partie de la succession, elle doit par conséquent appartenir à celui qui représente l'héritier, soit qu'il lui ait succédé, soit qu'il ait acheté ses droits. Cependant tous les arrêts ont repoussé les prétentions des acquéreurs de droits successifs,

(1) *Voy.* notamment arrêts de la Cour de cassation du 25 janvier et 18 février 1819, du 9 mai 1821, du 10 février 1823, du 4 juillet 1825 (Sirey, 19. 1. 78 et 239.—21. 1. 357.—23. 1. 248.—25. 1. 368).

à l'indemnité. Mais tous se sont fondés sur les stipulations particulières des actes et sur les circonstances qui les ont accompagnés; ils ont cru y trouver la preuve que, dans l'intention des parties, les cessions étaient limitées aux biens existans; et que tout ce qui pourrait advenir à la succession, par suite d'évènemens tels que les mesures législatives adoptées en 1825, était réservé à l'héritier.

On lit, en effet, dans un arrêt de la Cour de cassation du 21 mai 1828, que « l'expression *biens connus* qu'on trouve, dans l'acte de cession, ne laisse aucun doute sur l'intention de la cédante, et qu'il en résulte évidemment qu'elle n'a pas eu l'intention d'y comprendre des biens dont elle ne jouissait pas, parce qu'ils étaient alors inconnus. » (1)

La Cour de Besançon, statuant dans une espèce où l'intention des parties était moins clairement exprimée, dit aussi « qu'il est évident que les parties n'ont entendu traiter que sur les droits *échus et actuellement ouverts, et non pas sur ce qui pourrait éventuellement leur échoir* par une loi qui n'a été rendue que plus de quatre ans après le contrat (2). » Ce motif suffit pour écarter l'application du principe qui fait profiter l'acquéreur de l'hérédité de tout ce qui advient à la succession.

---

(1) Dalloz, 28. 1. 252. La circonstance que la cession ne comprenait que les *biens connus*, dit cet arrêtiste, ôte à la résolution l'importance qu'elle aurait, si la cession avait été pure et simple.

(2) Arrêt du 3 juillet 1828; Sirey, 29. 2. 120.

Enfin la Cour de Dijon et la Cour de cassation ont également réservé l'indemnité à l'héritier, quoique la cession fût conçue en termes bien généraux. Elle comprenait tous les droits mobiliers du cédant dans la succession de ses père et mère, *et tous les droits immobiliers qui pourraient être découverts par la suite dans lesdites successions.* Ces expressions, isolées des circonstances qui avaient précédé et amené la cession, paraissent embrasser tous les droits héréditaires connus ou inconnus; et dès-lors, il semble que pour exclure l'indemnité de la cession, il a fallu décider, en droit, que la vente d'une hérédité ne comprend pas les choses qui peuvent éventuellement échoir à l'avenir. Mais lorsqu'on connaît la position du cédant et du cessionnaire; lorsqu'on sait qu'ils étaient appelés à la même succession; qu'après avoir réglé leurs droits par un premier traité, des contestations se sont élevées entre eux, et qu'alors, l'un a abandonné à l'autre tous ses droits, par un acte qui était plutôt une transaction qu'une cession; on comprend que la Cour de Dijon ait dit que la cession ne pouvait, aux termes de droit, et *d'après ce qui s'était passé entre les parties, se référer qu'aux objets qui avaient fait la matière de la citation par-devant le juge de paix, et amené la transaction, lesquels objets étaient absolument étrangers à l'indemnité.*

La Cour de cassation s'est bornée à déclarer que l'interprétation donnée à l'acte ne pouvait être censurée par elle, qu'elle écartait le reproche adressé à l'arrêt d'avoir refusé à une cession de droits successifs son effet légal et d'avoir violé

les articles 1696 et suivans du Code civil. (1)

Ainsi, en pénétrant dans les détails de chacune des espèces, sur lesquelles les Cours royales et la Cour de cassation ont eu à prononcer, on aperçoit clairement que toutes les décisions ont jugé, d'après les clauses et les circonstances, que les parties n'avaient pas compris l'indemnité dans la cession. Elles n'ont par conséquent résolu que des questions de fait; et par le soin même qu'elles ont pris d'éluder la solution de la question de droit, elles laissent entrevoir dans quel sens elles l'auraient tranchée, s'il eût fallu absolument l'examiner. On trouve cependant, dans l'arrêt de la Cour de Dijon, quelques considérans qui semblent contredire les principes sur l'effet de la vente de droits successifs; mais, en justifiant ensuite son arrêt par l'interprétation qu'elle donne aux clauses du contrat, la Cour montre qu'elle n'a pas une grande confiance dans la doctrine qu'elle a présentée. Je ne peux m'empêcher de saisir cette occasion pour soumettre aux magistrats une observation qui me paraît importante, sur la manière dont ils motivent leurs jugemens. Il n'est pas rare qu'une même décision contienne plus d'un système, plus d'une série d'argumens. Après avoir établi une thèse de droit, on voit souvent le juge présenter des moyens subsidiaires pour justifier son dispositif. Le plaideur, qui n'a en vue que le gain de son procès, doit exposer tous les moyens qui peuvent servir de fondement raisonnable au jugement qu'il sollicite; il peut très

---

(1) Arrêt du 8 février 1830; Dalloz, 30. 1. 112; Sirey, 30. 1. 46.

convenablement dire aux tribunaux : ma prétention est justifiée par tels argumens, et subsidiairement par tels autres. Peu lui importe ceux qu'on choisira, pourvu qu'ils amènent le résultat qu'il desire; mais pour les magistrats, la mission est autre. Non-seulement ils doivent terminer les litiges, mais ils doivent le faire par des décisions justes et bonnes, c'est-à-dire, qui soient conformes à la vérité légale; or, la vérité est une, elle n'admet pas de transaction entre les systèmes opposés. L'intérêt de la société et celui de la science réclament également cette détermination ferme, ce langage positif, ces solutions bien arrêtées de la part des tribunaux. Lorsque deux ou plusieurs séries de motifs sont réunies dans un arrêt et présentées comme devant servir les unes, à défaut des autres; il n'est pas possible de reconnaître quel est le sens véritable de la décision; il n'y a qu'une chose certaine, c'est que l'une des parties a gagné son procès, et que l'autre l'a perdu. L'hésitation sur la doctrine enlève à l'acte du juge une partie du respect, de la confiance et de la force morale dont il faut qu'il soit entouré, pour atteindre le but social de toute institution judiciaire. La science ne peut puiser d'utiles enseignemens dans des solutions hypothétiques, et dont les magistrats semblent douter eux-mêmes.

341. L'héritier qui vend ses droits successifs, fait acte d'héritier pur et simple (art. 780, Code civil). Il semble donc que nécessairement, dans tous les cas, ce sont les droits attachés à cette dernière qualité qui sont transmis au cessionnaire, et

qu'il ne peut jamais jouir des avantages et des prérogatives accordés à l'héritier bénéficiaire. Il y a cependant une distinction à faire dans l'application de l'article 780. Il faut reconnaître que l'acceptation pure et simple est la conséquence de la vente des droits successifs, lorsqu'il n'y a pas eu de volonté contraire manifestée par l'héritier; mais que si, avant la cession, l'héritier a accepté sous bénéfice d'inventaire et accompli toutes les formalités exigées pour conserver l'effet d'une semblable acceptation, l'aliénation de ses droits n'emporte plus acceptation pure et simple, et ne lui fait pas perdre la qualité d'héritier bénéficiaire. (1)

Si la vente de droits successifs n'emporte pas déchéance de la qualité d'héritier bénéficiaire, déjà prise; si par suite on peut concevoir la possibilité de la transmettre au cessionnaire, n'y a-t-il pas un obstacle à cette transmission dans la nature même des droits qui la constituent? En d'autres termes, la qualité d'héritier bénéficiaire n'est-elle pas attachée à la personne? M. Merlin (2) démontre que les avantages qui dérivent du béné-

(1) Un arrêt de la Cour d'Amiens, du 2 mai 1806, a jugé le contraire; Sirey, 6. 2. 152; Dalloz, v° *Succession*, pag. 391. Mais M. Merlin fait remarquer que les motifs de cet arrêt décident la question par l'affirmative toute nue, par la question même, et il rapporte un arrêt de la Cour de Paris, du 9 janvier 1806, qui la préjuge en sens opposé, puisqu'il ne refuse au cessionnaire les avantages du bénéfice d'inventaire que parce que l'héritier avait négligé de faire inventaire, et de le faire faire par son acquéreur; Sirey, 6. 2. 214; Dalloz, v° *Succession*, p. 391; Questions de droit, v° *Héritier*, § XI; M. Delvincourt, tome III, notes page 174.

(2) Loc. cit.

fice d'inventaire peuvent être transmis par la voie de cession, comme ils pourraient l'être par succession ou par testament, et il cite les auteurs, qui, avant le Code civil, enseignaient cette doctrine (1). C'est incontestablement l'opinion qu'on doit suivre. (2)

Toutefois n'est-il pas nécessaire au moins que l'héritier, en faisant la cession, déclare qu'il agit toujours comme héritier bénéficiaire? Sans doute, cette précaution est sage, elle prévient toute contestation; mais elle n'est pas indispensable. Celui qui, par un acte formel, a déclaré accepter sous bénéfice d'inventaire, est censé agir en la qualité qui lui a été conférée par sa déclaration; tant qu'une volonté contraire n'est point manifestée par ses paroles ou par ses actes, ou qu'il ne se met pas dans un des cas de déchéance indiqués par la loi. (3)

Bien que l'héritier n'eût point accepté comme héritier bénéficiaire avant la cession, il pourrait, en la faisant, déclarer qu'il entend réserver pour le cessionnaire la faculté d'accepter sous bénéfice

(1) Charondas, Quest. tit. V, chap. 2; Ferrière, sur l'art. 342, coutume de Paris, glos. 1, nº 20; Lebrun, des Successions, liv. III, chap. VIII, sect. II, nº 25, Denizart, vº *Hérédité*, nº 16.

(2) M. Duranton, tome VII, nº 54 et tome XVI, nº 528; M. Troplong, nº 974.

(3) *Voy.* toutes les autorités indiquées dans les notes précédentes. Un arrêt de la Cour de Grenoble, du 24 mars 1827, a décidé que les droits d'héritier bénéficiaire étaient transmis au cessionnaire de droits successifs; il est vrai que dans l'espèce, le cédant avait déclaré agir *comme héritant et recueillant sous bénéfice d'inventaire*; Sirey, 28. 2. 85; Dalloz, 28. 2. 60; Palais, t. 81, p. 268.

d'inventaire. Cette expression de sa volonté empêcherait, d'une part, que la cession ne lui imprimât la qualité d'héritier pur et simple, et de l'autre, transmettrait à l'acheteur le droit d'agir comme héritier bénéficiaire, en remplissant toutes les formalités prescrites pour la conservation de cette qualité. (1)

342. Après avoir déterminé les droits du cessionnaire, considéré comme recueillant l'actif de la succession, il reste à exposer ses obligations, comme chargé de toutes les dettes et charges.

343. Par la raison que l'héritier est tenu de rendre au cessionnaire tout ce qu'il a reçu de la succession, avant la vente, et tout ce qu'il reçoit après; le cessionnaire doit rembourser à l'héritier tout ce que celui-ci a payé ou pourra être obligé de payer, en sa qualité d'héritier, notamment les frais funéraires, les droits de mutation, les contributions, etc. (Art. 1698.)

344. De même que l'héritier, qui, par l'effet de la confusion, a été libéré de ses dettes personnelles envers le défunt, doit rendre à l'acheteur le montant de ces dettes; de même si la confusion a éteint une dette, dont le défunt était tenu envers l'héritier, le cessionnaire lui en doit le remboursement (art. 1698). (2)

345. Enfin, puisque la servitude imposée au fonds de l'héritier, en faveur du fonds du défunt,

---

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 528.
(2) Pothier, n°s 542 et 543.

et qui s'était éteinte par suite de la réunion des deux fonds dans la même main, revit au profit du cessionnaire; il faut, dans la position inverse, c'est-à-dire lorsque c'était le fonds du défunt qui devait la servitude à celui de l'héritier, décider que l'extinction de la servitude ne pourra être opposée à l'héritier par le cessionnaire. (1)

En un mot, une réciprocité parfaite doit présider aux rapports du vendeur et de l'acquéreur d'une hérédité.

346. Au surplus, c'est relativement à l'héritier et à l'acheteur seulement que la confusion est considérée comme non avenue; soit qu'il s'agisse pour l'héritier, créancier de la succession, de réclamer sa créance contre l'acquéreur; soit, au contraire, comme on l'a vu plus haut, que l'acquéreur demande à l'héritier le paiement de la dette, dont il était tenu envers le défunt. Relativement aux tiers qui ont intérêt à ce que la créance active ou passive de l'héritier soit éteinte avec les accessoires, tels que privilèges, hypothèques, cautionnement, la confusion conserve l'effet qu'elle a produit; la créance ne peut revivre, à l'égard des tiers, par suite de la vente de l'hérédité qui est pour eux *res inter alios acta*. (2)

347. Si l'héritier a payé par erreur une chose que ne devait point la succession, peut-il exiger que l'acquéreur lui en tienne compte? Tous les au-

(1) L. 2. ff. *de hæred. vend.* Pothier, n° 544.

(2) M. Delvincourt, tome III, notes page 175, argument de l'art. 1299, Cod. civ.

teurs sont unanimes pour refuser à l'héritier son recours (1); tous invoquent la loi 2 ff. § 7, *de hæredit vendit.* Ils disent que l'acquéreur n'est tenu de rembourser à l'héritier que ce que celui-ci a payé pour la succession, que ce qui a été payé par erreur n'étant pas réellement une dette de la succession, ne peut être répété. J'hésite à m'élever contre une opinion qui jusqu'ici a obtenu l'assentiment général. Cependant, comme elle a été successivement reproduite par les écrivains qui ont traité de cette matière, sans un examen approfondi, sur la foi les uns des autres, et en acceptant la loi romaine que j'ai citée, comme une solution complète; je crois pouvoir me permettre de présenter les motifs qui me font penser que ce texte a reçu une interprétation trop absolue.

Si c'est depuis la vente de ses droits successifs, que l'héritier s'est ingéré dans les affaires de la succession et a payé ce qui n'était pas dû par elle, il ne peut obliger l'acquéreur à supporter les conséquences de la faute qu'il a commise, en qualité de mandataire ou de *negotiorum gestor*. Si c'est avant la vente des droits successifs que le paiement a eu lieu, sans doute, il constitue une faute, une négligence; c'est un acte de mauvaise administration qui a diminué l'actif de la succession; mais, on l'a vu précédemment, l'héritier n'est tenu à aucune responsabilité pour les

(1) Pothier, n° 545; M. Delvincourt, tome III, notes pages 176; M. Duranton, n° 513.

pertes ou les dégradations qui résultent de son fait (1). Pourquoi donc serait-on dans ce cas plus sévère envers lui que dans les autres ? La gravité de la faute n'est pas un motif qu'on puisse alléguer; car il est possible que les droits du prétendu créancier fussent si bien colorés, que l'erreur de l'héritier soit excusable: d'ailleurs on n'est pas plus coupable, lorsqu'on paie mal-à-propos ce qu'on ne devait pas, que lorsqu'on laisse prescrire une créance, lorsqu'on donne imprudemment main-levée d'une hypothèque, lorsqu'on laisse tomber en ruines un édifice.

L'argument que ce sont seulement les choses payées pour la succession, que l'héritier a droit de répéter, consiste dans les mots, plus que dans la pensée. C'est pour la succession que l'héritier a payé, ou qu'il a cru payer; il était dans l'erreur: soit; mais est-il responsable de cette erreur ? Voilà la question à résoudre; et je ne comprends pas pourquoi, comme je le disais à l'instant, celle-ci lui serait imputable, tandis que d'autres aussi graves, aussi préjudiciables, n'entraînent pour lui aucune responsabilité.

La loi romaine, sur laquelle se fonde le système que je combats, me paraît n'avoir décidé la question que pour l'hypothèse où le paiement a été fait après la cession. J'ai expliqué plus haut (2) comment, en droit romain, les cas d'administration par l'héritier après la cession de ses droits pou-

(1) *Voy.* suprà, n° 325.
(2) *Voy.* suprà, n° 326.

vaient se présenter fréquemment ; il est donc naturel de penser que c'est pour ces cas que sont faites la plupart des dispositions du digeste. Il y a d'ailleurs ici une raison particulière pour le croire. Le fragment de Julien, qui forme le § 7 de la loi 2 ff. *de hæred. vend.*, déclare d'abord que l'héritier n'a pas le droit de réclamer ce qu'il a indûment payé ; puis il ajoute que cependant, s'il a payé en vertu d'une condamnation et *sans dol* de sa part, il pourra réclamer son remboursement. Or, j'ai montré (1) que l'idée de dol pratiqué par l'héritier n'est admissible que pour les actes postérieurs à la cession de ses droits. Ainsi, le texte même, sainement entendu, est en harmonie avec les considérations que je présente, et desquelles il me semble résulter que l'héritier n'est pas plus responsable de la faute qui consiste à avoir payé ce qui n'aurait pas dû l'être, qu'il ne l'est des autres fautes, qui ont eu pour la succession des conséquences nuisibles.

348. L'héritier n'est point affranchi, par la cession de ses droits successifs, des obligations que son acceptation lui a imposées envers les tiers, créanciers ou légataires de la succession ; sa cession est, à leur égard, *res inter alios acta*. En conséquence, lorsqu'ils exercent leurs droits contre lui, il ne peut pas les obliger à diriger leurs poursuites contre son acquéreur ; il est tenu de leur répondre et de les satisfaire, sauf son recours contre ce dernier.

(1) *Voy.* suprà, nos 326 et 327.

tère différent, et dont l'existence est indépendante de toute action contre des tiers; tels sont les biens meubles ou immeubles qui se trouvent en nature dans une succession, et dont chaque héritier a la propriété et la possession actuelle.

Le principe général est que la propriété se transmet par le seul consentement des parties; aucune publicité n'est exigée, pour avertir les tiers de la transmission. Ce système peut avoir des inconvéniens, mais il est consacré par la loi, il faut l'accepter (1). Une exception est admise pour les ventes d'objets mobiliers: entre deux acheteurs successifs, c'est celui qui est mis en possession, et qui d'ailleurs est de bonne foi, qui est préféré (2). Les transports de droits *sur des tiers* sont aussi l'objet de règles spéciales; outre le consentement, une notification est nécessaire pour que la transmission s'opère à l'égard des tiers. Ce sont là des anomalies, elles restreignent le principe général, mais elles ne le détruisent pas; il subsiste pour tous les cas qui ne sont pas compris dans les exceptions que je viens de signaler.

D'ailleurs, quel serait le tiers, *débiteur*, à qui devrait être faite la notification ou qui pourrait accepter le transport? serait-ce le cohéritier de celui qui a vendu sa part dans la succession? Non. Les cohéritiers sont copropriétaires; ils ne sont point, les uns à l'égard des autres, débiteurs et créanciers.

---

(1) *Voy.* tome XVI (1er de ma Continuation) nos 30 et 31.
(2) *Voy.* tome XVI (1er de ma Continuation), no 27 et 246.

Quand je vends ma part héréditaire, je ne vends point ce qui m'est dû par mes cohéritiers, je vends ce qui m'appartient. Si enfin l'hérédité est échue à un seul héritier, il y aurait obstacle invincible à l'accomplissement de la formalité qu'impose l'article 1690. Or, n'est-il pas indifférent qu'un ou plusieurs héritiers soient appelés à recueillir une succession : est-ce par hasard que le droit, en se divisant, changerait de nature?

De nombreux arrêts ont décidé, d'une manière plus ou moins explicite, que la notification n'est pas nécessaire pour opérer la saisine, en faveur du cessionnaire de droits successifs.

En 1819, la Cour de cassation a jugé que la cession de ses droits faite par un légitimaire, sous l'empire des anciens principes, n'avait point opéré la transmission au profit du cessionnaire, à l'égard des tiers; par la raison que le légitimaire n'était point saisi, comme l'héritier, des biens composant l'hérédité; qu'il n'avait qu'une créance contre l'héritier (1). En appuyant sa décision sur ce motif, la Cour indiquait que la solution eût été différente, si c'eût été l'héritier qui eût vendu l'hérédité.

Deux arrêts, l'un de la Cour de Grenoble (2), l'autre de la Cour de cassation (3), ont déclaré recevable la tierce-opposition, formée par des cessionnaires de droits successifs, à des jugemens rendus contre leur cédant; bien que la cession n'eût

(1) Arrêt du 18 novembre 1819; Sirey, 21. 1. 321.
(2) Arrêt du 19 août 1825; Sirey, 26. 2. 185; Dalloz, 26. 2. 163.
(3) Arrêt du 16 juin 1829; Sirey, 29. 1. 268; Dalloz, 29. 1. 271.

pas été signifiée avant les jugemens attaqués. Ces arrêts ont donc reconnu que la saisine avait eu lieu, nonobstant le défaut de notification; tandis que, lorsqu'il s'agit de cessions de droits et de créances sur des tiers, la jurisprudence et les auteurs s'accordent à déclarer non recevable la tierce-opposition, formée par le cessionnaire, aux jugemens rendus contre le cédant, antérieurement à la notification. (1)

Il est impossible de mieux marquer la différence entre la vente de droits successifs et la cession de créances.

Enfin, la Cour de Toulouse a jugé *in terminis* que le cessionnaire de droits successifs est saisi, indépendamment de toute notification, à l'égard des tiers et notamment à l'égard d'un second cessionnaire. (2)

Mais un arrêt récent de la Cour de cassation, chambre des requêtes, est venu interrompre la série des décisions qui distinguaient entre la vente d'une hérédité et la cession de droits sur un tiers.

« Attendu, y est-il dit, que la disposition de l'article 1690 du Code civil ne s'applique pas seulement aux transports de créances, mais qu'elle s'applique aussi au transport des droits ou actions sur un tiers, et en général de tous les droits incorporels qui forment la matière du chap. 8, tit. 6, du liv. 3 du Cod. civ.; et qu'au nombre des droits de

---

(1) *Voy.* suprà, n° 198.

(2) Arrêt du 24 novembre 1832; Sirey, 33. 2. 316; Dalloz, 33. 2. 89.

cette nature, l'art. 1696 comprend la vente d'une hérédité, sans spécification en détail des objets qui la composent; qu'il suit de là qu'en décidant que le transport fait à Calsat par Anne Couderc des biens et droits afférens à cette dernière dans les successions de ses père et mère, était soumis à la formalité de la signification, pour opérer la saisine à l'égard des tiers, et qu'en l'absence de cette formalité, les mariés Fournier avaient pu valablement traiter desdits droits avec ladite Anne Couderc, leur cohéritière; l'arrêt attaqué, loin d'avoir violé l'article 1690 du Code civil, n'a fait qu'une juste et saine application, tant de cet article que des articles 1691 et 1696 dudit Code. » (1)

Malgré mon respect pour la Cour suprême, il m'est impossible de faire céder ma conviction devant un arrêt ainsi motivé. Il se borne à dire que la disposition de l'art. 1690 est applicable au transport de tous les droits incorporels; or, c'est précisément la question débattue. Comment, d'ailleurs, cette solution pourrait-elle avoir quelque autorité, lorsqu'elle est en opposition manifeste avec les termes des articles 1689 et 1690, qui parlent de droits et actions *sur des tiers*, de droits à exercer contre *un débiteur*, et qu'elle ne contient aucun raisonnement pour prouver que l'esprit de ces articles admet ce que leur lettre repousse.

Les observations de M. le rapporteur, insérées dans le Recueil de Sirey, offrent quelques argumens qui sans doute ont influé sur la détermination de

(1) Arrêt du 23 juillet 1835; Sirey, 35. 1. 481.

la Cour, quoiqu'elle n'ait pas jugé à propos de les reproduire. On y reconnaît qu'au moment de l'ouverture de la succession, les cohéritiers ne se doivent rien l'un à l'autre; mais on fait remarquer que, par l'évènement du partage ou de la licitation, la part de l'héritier qui a cédé ses droits *peut* ne consister que dans une *créance* à exercer contre un ou plusieurs des héritiers.

J'avoue qu'en effet il est possible que les droits de l'héritier subissent cette transformation; mais je ne conçois pas que cette modification éventuelle, et qui dans la réalité n'a lieu que très rarement, ait une influence constante et décisive sur la solution de la difficulté. De ce que quelquefois, et par exception, il arrivera que des droits qui ne sont pas une créance sur un tiers prendront cette forme et ce caractère, on ne peut conclure qu'on doit toujours appliquer les règles relatives aux créances. Tout au plus doit-on admettre que si l'évènement opère la conversion, il y aura lieu d'observer les formalités spécialement établies, pour la transmission des droits et actions contre des tiers.

M. le rapporteur paraît aussi avoir été frappé des inconvéniens que présentent des transmissions de droits, que rien ne manifeste aux tiers. On ne saurait contester qu'ils existent; mais d'une part, le législateur a admis le système duquel ils dérivent; toutes les considérations doivent céder devant sa volonté formelle; d'un autre côté, ces inconvéniens sont moindres qu'on ne l'imagine.

En effet, j'ai dit que si les objets composant

l'hérédité consistent en droits ou créances sur des tiers, il y aura nécessité de signifier le transport aux débiteurs. Ainsi, à cet égard, le vœu exprimé par M. le rapporteur est satisfait.

Si les biens compris dans la cession sont mobiliers, la préférence sera accordée, comme je l'ai expliqué, à l'acheteur qui joindra la bonne foi à la possession. C'est la règle générale pour les ventes de choses mobilières. Celui qui achète une succession mobilière est prévenu qu'un second acquéreur lui sera préféré s'il est mis en possession. Il doit être bien sûr de la moralité de son vendeur, ou prendre ses précautions pour n'être pas victime de sa mauvaise foi.

Enfin, si l'hérédité comprend des immeubles, l'acheteur sera saisi par la seule force du contrat. C'est le principe qui domine la matière, il doit recevoir ici son application, comme dans toute autre circonstance.

L'arrêt de la Cour de Montpellier, sur lequel est intervenu celui de la Cour de cassation, pour démontrer que l'article 1690 est applicable à une cession de droits successifs, prétend « qu'une pareille cession n'est, en droit, que la vente de l'action pour intervenir au partage, action qui, jusqu'au résultat du partage, ne constitue qu'un droit incorporel, susceptible de variations et de chances, et dès-lors d'une nature incertaine et indéterminée. »

Personne ne peut contester l'incertitude des résultats de la liquidation d'une succession; on ne doit pas confondre l'hérédité considérée d'une

manière abstraite, et les biens qui la composent; j'ai moi-même indiqué en quoi consiste la distinction (1). Mais je regarde comme une grave erreur la proposition de la Cour de Montpellier, que le droit à la succession qui est cédé par un héritier n'est que le droit d'intervenir au partage. L'héritier, s'il est unique, est saisi par la mort du défunt de la propriété de tous ses biens; cela est de la dernière évidence; le doute ne se conçoit même pas. S'il y a plusieurs successibles appelés à l'hérédité, le droit est le même malgré l'indivision. Lorsque le partage est fait, chacun est censé avoir succédé seul à tous les effets compris dans son lot, et en avoir eu seul la propriété exclusive, du jour de l'ouverture de la succession. (Art. 777 et 883.) C'est donc un droit de propriété sur les biens de la succession, d'abord indivis, plus tard déterminé et exclusif, que vend l'héritier et qu'acquiert l'acheteur; et la Cour de cassation a décidé que l'état d'indivision ne change point la nature des droits des cohéritiers; elle a consacré cette doctrine, par cette énergique expression. « Il n'existe pas, suivant la loi, de différence entre avoir droit à une chose et avoir la chose elle-même. » (2)

Le véritable caractère des droits d'héritier ainsi rétabli, on aperçoit combien la Cour de Montpellier a été obligée de s'écarter des prin-

---

(1) *Voy.* suprà, n[os] 297 et 298.

(2) Arrêt du 13 février 1832, Contrôleur de l'enregistrement, tome XIII, page 39; Sirey, 32. 1. 183; Dalloz, 32. 1. 101.

cipes, pour parvenir à placer la vente d'une hérédité sous l'empire de l'art. 1690.

Il reste donc démontré que la cession d'une hérédité saisit le cessionnaire, à l'égard des tiers, sans notification et sans acceptation.

Toutefois, il ne faut pas tirer de cette proposition certaines conséquences, qui paraissent au premier aperçu en dériver naturellement. Ainsi, il faut bien admettre que, entre deux cessionnaires de droits successifs, également de bonne foi, la préférence sera due au premier, bien qu'il n'ait pas notifié sa cession; il faut aussi reconnaître que les créanciers personnels du cédant ne pourront critiquer la cession, par cela seul qu'elle n'aura pas été notifiée ou acceptée. Mais il ne faut pas croire que si les cohéritiers du cédant, ignorant la cession, ont procédé avec lui au partage, et lui ont laissé prendre son lot, ils puissent être tenus de quelque responsabilité envers le cessionnaire. Précisément, par la raison que les cohéritiers du cédant ne sont pas ses débiteurs, le cédant ne tient pas d'eux les objets qui composent son lot; il les a pris dans la masse commune, en sa qualité de propriétaire, que ses cohéritiers n'avaient ni motif, ni moyens de lui contester. Son cessionnaire n'a donc aucun recours à exercer contre les copartageans, qui n'ont joué qu'un rôle passif, en laissant le cédant prendre ce qui lui appartenait.

SECTION III.

Des cessions de droits litigieux.

SOMMAIRE.

352. *Explication de la loi* per diversas. Cod mandati vel contrà; *l'ancienne jurisprudence ne l'appliquait qu'aux cessions de droits litigieux.*
353. *La disposition était observée autrefois dans toute la France.*
354. *Elle a été respectée par la législation intermédiaire.*
355. *Le Code civil l'a consacrée.*
356. *Apologie de sa disposition.*
357. *Division de la matière.*

352. L'ordre social éprouve une atteinte par cela seul que des citoyens élèvent des prétentions opposées. Leurs débats prendraient certainement le caractère de violence ouverte, et les discussions dégénéreraient bientôt en rixes, si le pouvoir judiciaire n'était chargé d'y mettre un terme par ses décisions. Cette réflexion, qui s'est présentée à tous les esprits, fait comprendre la nécessité des institutions de justice distributive. Mais, malgré les perfectionnemens incontestables qu'a reçus leur organisation, elles ne sont point encore parvenues, dans l'exercice de leurs attributions, au degré de célérité, d'exactitude et d'économie qu'elles devraient atteindre pour remplir parfaitement leur but; il est même à craindre qu'elles n'y arrivent jamais. Dès-lors, on doit voir dans les procès un mal, contre lequel il n'y a pas d'antidote vraiment

efficace, qui, malgré l'action incessante des tribunaux, se développe toujours d'une manière nuisible à l'intérêt social. En conséquence, lorsque des occasions se présentent de le trancher à sa racine, et sans avoir besoin de recourir à l'intervention des tribunaux, elles ne doivent pas être négligées, et l'on voit qu'à toutes les époques le législateur s'est empressé de les saisir. Parmi les dispositions légales faites pour arrêter ainsi les discussions à leur naissance, se placent celles qui ont frappé de prohibition les cessions de droits litigieux, ou qui du moins ont autorisé ceux contre lesquels des droits de cette nature étaient cédés, à étouffer le procès, en rendant au cessionnaire ce qu'il avait payé au cédant. Telles sont les lois *per diversas* et *ab Anastasio. Cod. mand. vel contrà*, et quelques autres textes du droit romain, moins explicites.

Le sens de la loi *per diversas* présente de l'obscurité : était-elle applicable aux cessions de toutes créances, ou seulement aux cessions de créances litigieuses? Chacune de ces opinions a eu ses partisans. Voici le texte :

Per diversas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam alienis rebus, fortunisque inhiantes, cessiones aliis competentium actionum in semet exponi properare; hoc quoque modo diversis personas litigatorum vexationibus afficere, cùm certum sit pro indubitatis obligationibus eos magis quibus anteà suppetebant, jura sua vindicare, quàm ad alios ea transferre velle. Per hanc itaque legem jubemus in posterum hujusmodi co-

Ainsi, on parvenait par deux voies différentes à un résultat identique.

353. La règle était suivie, même dans la partie du royaume qui n'était pas soumise au droit romain. (1)

354. Elle a été respectée par la législation révolutionnaire. Les lois du 15-28 mars 1790, du 13-18 juin 1790, du 19-23 juillet, du 13 mai 1792, du 2 septembre 1793, du 30 septembre, 1er octobre 1793, du 18 ventose et 19 floréal an II (2), malgré la généralité de leurs expressions, n'étaient évidemment dirigées que contre les retraits liés au système féodal, aux distinctions de castes, ou aux privilèges de naissance et de masculinité. Elles ont laissé subsister celui qu'avaient établi les lois *per diversas* et *ab Anastasio*, et qui est fondé sur une pensée en harmonie avec toutes les organisations sociales, avec tous les régimes politiques; car les procès sont un mal en tous temps et en tous lieux.(3)

355. Le Code civil a reproduit la sage disposition du droit romain. Celui contre lequel on a cédé un droit litigieux, dit l'article 1699, peut s'en faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix réel de la cession.

356. Tous les intérêts sont satisfaits par cette combinaison.

---

(1) Mornac, *ad dict. leg.*, il cite un arrêt de 1586, prononcé en robes rouges. Pothier, n° 591.

(2) *Voy.* ma Collection des lois.

(3) Arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1828; Sirey, 28. 1. 224; Dalloz, 28. 1. 109; Palais, t. 82, p. 433; Répertoire de jurisprudence, v° *Droits litigieux*, n° I.

Un procès est étouffé, et la société entière y gagne.

Le cédant qui a transmis son droit n'a nullement à s'enquérir de ce qu'il produit pour le cessionnaire.

Le cessionnaire, tout défavorable qu'il est, retrouve ce qu'il a donné, il n'a pas à se plaindre. (1)

Enfin le débiteur cédé a été libre dans sa détermination et a sans doute trouvé quelque avantage à exercer le retrait.

357. Je vais, dans un premier paragraphe, présenter les développemens de la règle, et dans un second indiquer les exceptions dont elle est susceptible.

---

§ Ier.

Du droit qu'a le débiteur d'un droit litigieux de se faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession.

SOMMAIRE.

358. *Transition.*
359. *Qu'entend-on par* droits litigieux?
360. *Bien que les termes de la cession semblent indiquer qu'un procès est inévitable, si le procès n'existe pas, le droit n'est pas litigieux.*
361. *Le procès n'est pas commencé, par cela seul qu'il y a eu citation en conciliation.*
362. *Ni même, lorsqu'il y a eu procès-verbal de non conciliation.*

---

(1) C'est l'observation qui fut faite au Conseil-d'État, séance du 9 nivose an XII.

363. *Le droit n'est litigieux, que lorsqu'il y a procès sur* le fond du droit.

364. *Qu'est-ce qui constitue un procès sur le fond du droit?*

365. *Jurisprudence.*

366. *Il n'y a point procès sur le fond du droit, lorsqu'un héritier bénéficiaire repousse la demande d'un créancier, en soutenant que tout l'actif de la succession a été distribué aux créanciers;*

367. *Ni, lorsque le litige porte sur la question de savoir si le créancier peut agir par voie de saisie, ou par voie de résolution du contrat.*

368. *Les arrêts doivent énoncer par quels motifs, il y a procès sur le fond du droit.*

369. *En général, il n'y a pas procès sur le fond, par cela seul qu'il s'élève des difficultés dans l'exercice du droit.*

370. *Les nullités de procédure ne constituent point une contestation sur le fond du droit, bien qu'ultérieurement le droit puisse se trouver éteint, par suite de la nullité de l'instance.*

371. *Il y a procès sur le fond, lorsqu'on oppose la nullité du titre constitutif du droit.*

372. *Des droits successifs ne sont point litigieux, parce qu'au moment de la cession il y avait une instance en partage.*

373. *Un droit n'est pas litigieux, bien qu'il y ait procès; lorsque le droit avait été antérieurement reconnu par une décision passée en force de chose jugée.*

374. *Pour autoriser la subrogation, il faut que le droit n'ait pas cessé d'être litigieux.*

375. *Par conséquent, le débiteur cédé ne peut défendre au fond et demander subsidiairement la subrogation.*

376. *La demande en subrogation peut être formée, en tout état de cause et même en appel.*

377. *Toutefois elle serait non recevable, à la veille du jugement qui devrait certainement condamner le débiteur.*

378. *La demande en subrogation doit être admise, même après la fin du litige, si le cessionnaire a tenu la cession cachée, pour prévenir l'exercice du retrait.*

358. En général, les cessions de droits litigieux sont soumises à toutes les règles qui s'appliquent aux autres cessions. J'ai déjà indiqué une différence relativement à la garantie due par le cédant(1). La faculté accordée au débiteur cédé de se faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession, présente une nouvelle exception.

359. Déterminons d'abord le sens des mots : *droits litigieux*.

---

(1) *Voy.* suprà, n° 265.

Lorsque, dans le volume précédent, j'ai expliqué la disposition qui défend aux magistrats, aux officiers ministériels et aux avocats, d'acheter des procès de la compétence du tribunal près duquel ils exercent leurs fonctions, j'ai fait remarquer que la loi, en se servant des mots *procès, droits et actions litigieux*, comprend nécessairement dans sa prohibition les droits qui sont ou qui peuvent être l'objet d'un litige; ceux qui, suivant l'expression de M. Portalis, *sont ou peuvent être portés devant un tribunal;* mais que la même signification ne pouvait être donnée à l'expression *droits litigieux* qu'emploie l'art. 1699. (1)

Dans l'ancienne jurisprudence, l'existence du procès était considérée avec raison comme un des meilleurs et des plus sûrs indices du caractère litigieux des droits; on jugeait même, dans plusieurs parlemens, d'une part, que les droits ne pouvaient être réputés litigieux que lorsque le procès était entamé; et de l'autre, que cette nature leur était incontestablement et irrévocablement attribuée, lorsque le litige était une fois commencé.

Ce système avait le mérite de la simplicité; il présentait aussi l'avantage de ne rien laisser à l'arbitraire, et de faire dépendre d'une circonstance bien facile à vérifier la qualification des droits cédés.

Mais ailleurs, on soutenait d'abord que des droits certains ne devenaient pas douteux, parce

---

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 199.

qu'il plaisait au débiteur d'opposer à leur exercice une résistance évidemment mal fondée, et de soutenir, par esprit de chicane, une lutte insensée; qu'en outre, il y avait des prétentions qui étaient susceptibles de contestation et véritablement litigieuses, quoiqu'il n'y eût point d'instance introduite.

Pothier enseigne que les créances litigieuses sont celles qui sont contestées ou peuvent l'être en total ou en partie par celui qu'on prétend débiteur, *soit que le procès soit déjà commencé*, *soit qu'il ne le soit pas encore*, *mais qu'il y ait lieu de l'appréhender.* (1)

« Les parlemens de Paris et de Toulouse, dit Salviat (2), réputent litigieuse toute dette sans distinction, quelque claire, quelque certaine qu'elle soit, aussitôt qu'il y a une demande judiciaire, suivant Rousseaud de Lacombe, en sa jurisprudence civile, *v° Transport* n°, 13, et Vedel, sur Catelan, liv. 5, ch. 71. Mais n'est-ce pas un jeu de mots? Le créancier dont les droits seront incertains, même suspects, ou qui au moins ne pourront être fixés sans de longues discussions, aura la liberté de les vendre avant d'intenter son action, tandis que celui qui en aura de très bons et de très clairs sera privé de cet avantage, dès l'instant qu'il en aura envoyé faire la demande par un messager immatriculé! Lesquels des deux cependant sont litigieux? Ce sont les premiers, suivant le parlement de Bordeaux; aussi en prohibe-t-il

(1) *De la Vente*, n° 584.

(2) Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, v° *Cession d'actions*, n° 1.

le commerce lorsqu'il y a une action en justice; mais il permet celui des droits *connus et liquidés*, pour me servir des termes de l'attestation, quoiqu'il y ait un procès commencé. *Voy.* l'apostillateur de Lapeyrère, pag. 38, col. 2, *v° nota. Il fait dépendre la validité de la cession du genre de la dette.* »

L'on ne peut nier que cette doctrine ne soit la plus rationnelle; mais l'adopter c'était laisser une grande latitude au pouvoir discrétionnaire des juges; c'était, suivant l'heureuse expression de M. Delvincourt (1), rendre nécessaire un premier procès pour savoir s'il y avait procès. Ces considérations ont déterminé le législateur à qualifier de droits litigieux seulement ceux sur lesquels il y a litige pendant. « La chose est censée litigieuse, dit l'article 1700, dès qu'il y a procès et contestation sur le fond du droit. »

Malgré la clarté de cette disposition, on a essayé d'y trouver un sens différent de celui que je viens d'indiquer; on a soutenu qu'elle est démonstrative et non limitative; qu'elle dit bien que les droits deviennent litigieux dès qu'il y a procès et contestation; mais qu'elle ne déclare point que la naissance du procès peut seule leur imprimer ce caractère; qu'en un mot, l'article porte : la chose est litigieuse *dès qu'il y a procès;* et non, la chose ne sera litigieuse *que lorsqu'il y aura procès.* Cette argumentation n'a pu faire illusion sur l'intention du législateur; on a reconnu sans peine qu'il avait voulu mettre un terme aux incertitudes de l'an-

(1) Tome III, notes, page 171.

cienne jurisprudence, qu'il avait préféré laisser subsister quelques cessions de droits véritablement litigieux, lorsqu'elles auraient été faites avant un procès commencé, et mettre bien en relief les signes caractéristiques du litige; qu'enfin il a voulu déclarer qu'un droit n'est pas litigieux par cela seul qu'il peut le devenir; qu'il l'est seulement lorsque le procès est engagé. (1)

Ainsi, le stigmate odieux n'est imprimé sur les droits qui sont l'objet d'une cession, qu'autant qu'au moment où la cession est faite les tribunaux sont saisis d'une contestation.

360. On trouve, dans un arrêt de la Cour de Paris, confirmé par la Cour de cassation, un exemple remarquable du respect religieux avec lequel on doit observer la règle qui est établie, pour discerner les droits litigieux de ceux qui ne le sont pas. Un cédant avait déclaré vendre ses droits sur des immeubles, qu'il disait avoir été usurpés sur une succession à laquelle il était appelé. A la vérité, il n'y avait pas procès, mais le procès était inévitable contre les usurpateurs; ainsi les termes mêmes de la cession imprimaient aux droits cédés un caractère litigieux. Malgré cela, la Cour de Paris et la Cour de cassation ont refusé d'admettre la subrogation, parce qu'au moment du transport le procès n'était pas commencé. (2)

---

(1) Arrêts de la Cour de cassation, du 5 juillet 1819, Sirey, 20. 1. 53; Dalloz, v° *Vente*, page 926; du 24 janvier 1827; Sirey, 27. 1. 362; Dalloz, 27. 1. 123; M. Duranton, tome XVI, n° 532; M. Troplong, n° 986.

(2) L'arrêt de la Cour de Paris est du 30 juin 1825; Sirey, 25. 2.

361. La vérification de ce fait paraît bien facile je l'ai déjà dit. Cependant il s'est présenté des occasions où la question de savoir si l'on était en procès est devenue elle-même le sujet de sérieuses contestations.

Ainsi, au moment d'une cession il n'y avait point encore d'instance introduite, mais une citation en conciliation avait été donnée. Le débiteur cédé, pour se faire admettre à la subrogation, disait : le procès est commencé, car la citation en conciliation est le premier acte qui manifeste le dissentiment entre les parties ; elle est véritablement l'exercice de l'action du demandeur, puisqu'elle a pour effet, lorsqu'elle est suivie d'une assignation dans le délai d'un mois, de faire courir les intérêts et d'interrompre la prescription. (Cod. proc. art. 57, et Cod. civ. art. 2245). Le cessionnaire répondait : non il n'y a point procès, parce qu'il y citation au bureau de paix ; il serait singulier qu'on vît le commencement du litige dans l'acte qui a pour but et souvent pour effet de le prévenir. Ce dernier système a été accueilli par la Cour de Metz, et me paraît devoir être suivi. (1)

362. Le caractère litigieux serait-il constant, si déjà au moment de la cession la tentative de conciliation avait été faite et n'avait point réussi ?

265; le pourvoi a été rejeté par l'arrêt du 24 janvier 1827, cité dans la note précédente.

(1) Arrêt du 6 mai 1817; Sirey, 19. 2. 138; Dalloz, v° *Obligation*, page 476; Palais, tome 54, page 101; M. Duranton, tome XVI, n° 534; M. Troplong, n° 990.

La Cour de Turin, saisie de la difficulté, a décidé qu'en présence du procès-verbal de non-conciliation, le litige ne pouvait être nié. Mais elle s'est déterminée aussi par d'autres considérations; la nature des droits cédés a eu sur son arrêt une influence évidente (1). Elle a oublié que le Code ne permet plus aux tribunaux cette appréciation arbitraire; qu'il leur dit à quels signes ils doivent reconnaître l'état de litige, et qu'il leur défend de se déterminer par d'autres moyens. Si elle se fût exactement renfermée dans le cercle qui est tracé par la loi, elle n'eût pas décidé comme elle l'a fait; la non-conciliation seule ne lui eût pas paru offrir la preuve certaine que le droit cédé était litigieux. Souvent, en effet, on ne refuse de se concilier que pour éluder l'exécution de ses engagemens; et lorsque la demande est portée devant les tribunaux; qu'il est démontré que la resistance est impossible, on n'en fait pas même le simulacre.

363. Dès qu'il y a contestation commencée, la faculté d'exercer la subrogation n'est pas pour cela acquise au débiteur; il faut, en outre, que cette contestation ait un caractère spécial, qu'elle porte *sur le fond du droit* (art. 1700).

364. Jusqu'à ce que les moyens qu'oppose le défendeur à la demande dirigée contre lui soient connus, il est impossible de déterminer quelle est la nature du litige. Ce n'est que lorsqu'il a répondu à la prétention du demandeur, que le

(1) *Voy.* arrêt du 9 mars 1811, Sirey, 12. 2. 78.

toucher au fond, établissent que le demandeur ne doit pas être admis à proposer sa demande.

De ces définitions, quelque rapprochées qu'elles paraissent, on pourrait tirer des conséquences fort différentes. Il y a plus d'harmonie entre les jurisconsultes lorsqu'ils présentent les subdivisions dans lesquelles ils classent toutes les exceptions; ils s'accordent à reconnaître qu'il y en a quatre espèces, les exceptions *déclinatoires*, *dilatoires*, *péremptoires de l'instance*, *et péremptoires du fond*.

Mais la contradiction reparaît, lorsqu'il s'agit de déterminer les exceptions qui doivent être rangées dans chacune de ces catégories. Ainsi, M. Carré place parmi les exceptions péremptoires de l'instance, toutes celles qui tendent à faire rejeter la demande comme irrégulièrement formée, sauf au demandeur à la présenter de nouveau; et il ne considère comme péremptoires du fond que celles dont l'admission entraîne l'extinction définitive et irrévocable de l'action (1). M. Pigeau, au contraire, déclare que l'exception tendante à faire déclarer le demandeur *non recevable, quant à présent* est péremptoire du fond (2). Ce n'est pas le seul point sur lequel ces savans professeurs soient en dissentiment. M. Carré, d'accord en cela avec M. Duranton, pense qu'on ne doit pas comprendre dans les exceptions dilatoires, les exceptions *judicatum solvi*, et en communication de pièces (3); tandis que M. Pigeau les

(1) Tome I, page 425.
(2) Tome I, page 199.
(3) Tome I, page 424.

range sans hésiter dans cette classe (1). Enfin la litispendance constitue, selon M. Carré, une exception *déclinatoire* (2), et, suivant M. Pigeau, une exception *péremptoire du fond* (3). L'incertitude de la doctrine sur cette matière, ne permet donc pas d'y puiser avec confiance la solution des difficultés que présente l'interprétation des derniers mots de l'art. 1700. Mais ce conflit des opinions peut conduire à quelques réflexions utiles.

D'abord, la distinction entre les moyens du fond et les exceptions est clairement établie; et il est bien évident que, lorsque la demande sera repoussée par les moyens du fond, il y aura contestation sur le fond du droit, dans le sens de l'art. 1700.

On ne doit pas se hâter de conclure que le litige aura un caractère différent, par cela seul que le défendeur se sera borné à présenter des exceptions; car il en est, nous l'avons vu, qui ont pour but de repousser irrévocablement l'action, de faire déclarer, sinon que le droit n'a jamais existé, du moins qu'il est actuellement éteint. Ce sont les exceptions *péremptoires du fond.* Or, l'on comprend sans peine que toutes les fois que la défense tend à écarter absolument et pour toujours la demande, c'est le droit même qui est contesté, et qu'il est fort indifférent qu'il le soit par un moyen du fond ou par une exception.

(1) Tome I, pages 157 et 191.
(2) Tome I, page 424.
(3) Tome I, page 201.

Il faut donc reconnaître que si une exception péremptoire du fond est proposée par le défendeur, il y aura contestation sur le fond du droit, et que le débiteur pourra exiger la subrogation.

Quant aux autres exceptions qui ont seulement pour but d'obtenir le renvoi de la contestation devant d'autres juges, ou un délai pour répondre à la demande, ou de faire écarter l'instance comme irrégulièrement formée, sauf au demandeur à l'introduire de nouveau; elles sont manifestement étrangères au fond du droit; par conséquent, le litige qu'elles constituent n'autorise point *le défendeur* à user du bénéfice accordé par l'art. 1700 Cod. civ.

En résumé, la règle peut se formuler en ces termes. Il n'y a contestation sur le fond du droit, que lorsqu'on a opposé à la demande des moyens du fond ou des exceptions péremptoires du fond. Toutes les autres exceptions, déclinatoires, dilatoires ou péremptoires de l'instance, n'impriment pas au litige le caractère de procès sur le fond du droit.

Mais la loi n'a pas déterminé elle-même, avec précision, ce qu'il faut entendre par chacune des qualifications qui, dans la pratique, sont données aux diverses exceptions; et l'on a vu que les auteurs ne sont point d'accord sur ce point. Il faut cependant savoir ce qu'embrasse chacune des branches de la classification; sans cela, la règle n'offrirait dans l'application ni certitude, ni utilité.

Pour arriver à ce résultat, je crois qu'il convient

d'écarter toutes les dénominations adoptées par les jurisconsultes, qui peuvent, je le reconnais, avoir une véritable importance sous d'autres rapports; mais qui sont ici sans aucun avantage, et qu'il faut s'attacher à la loi seule.

Le Code de procédure a un titre spécialement consacré aux exceptions. En parcourant ses dispositions, on s'aperçoit qu'il réserve cette qualification aux moyens qui consistent à demander d'autres juges, à réclamer des délais, à exiger l'accomplissement de certaines mesures préalables, à provoquer l'annulation des actes de la procédure.

Ce sont là les exceptions proprement dites, ou les *fins de non-procéder*. En dehors de ces limites, les défenses sont des moyens du fond, soit qu'on leur donne cette dénomination, soit qu'on les nomme exceptions péremptoires du fond.

Cette pensée m'a paru très bien développée par M. Boncenne. Voici en quels termes il analyse et apprécie les dispositions du titre du Code de procédure, intitulé *des Exceptions*.

« Celui qui m'a fait assigner n'est pas Français, il ne tient pas au sol; j'exigerai, avant d'engager le combat, que l'étranger me fournisse une caution pour le paiement des frais et des dommages-intérêts que je pourrai obtenir. Je suis traduit devant un tribunal incompétent, je demanderai que la cause soit renvoyée aux juges qui doivent en connaître. L'assignation qui m'a été donnée est nulle : je me garderai bien d'entrer dans le fond du procès, si je veux profiter de la nullité; je la

plaiderai préalablement. Je suis poursuivi comme héritier; la loi me donne trois mois pour faire inventaire, et quarante jours pour délibérer sur la qualité qu'il me conviendra de prendre. Je réclamerai la suspension des poursuites jusqu'à l'expiration de ces délais. Mon adversaire n'a pas notifié le titre sur lequel il se fonde : j'en requerrai la communication. Je suis un acquéreur qu'un tiers veut évincer; j'aurai quelque répit pour appeler mon vendeur, afin qu'il vienne me garantir de l'éviction.

« Tous ces moyens qui ont dû être présentés, *à limine litis, n'attaqueront point encore le fond du droit.* Ce ne sont que des *exceptions,* ou, comme on le disait plus énergiquemeut autrefois, *des fins de non-procéder.*

« Viendront ensuite les différentes sortes de défenses qui tendront non plus à écarter l'action, à la neutraliser, à différer ses effets ou à la faire porter devant d'autres juges, *mais à la détruire, à l'anéantir sans retour.* » (1)

On ne peut mieux faire ressortir les caractères distinctifs des défenses au fond et des simples exceptions, et l'on doit accepter avec confiance un système qui repose sur les dispositions même de la loi. Il est nécessaire d'ajouter que toutes les exceptions ne sont pas indiquées dans le titre du Code de procédure, qu'il en est beaucoup d'autres qui se présentent chaque jour dans la pratique, mais

(1) Théorie de la procédure civile, tome III, I[re] partie, pages 161 et suiv.

qu'il sera facile de les reconnaître, en prenant pour terme de comparaison celles qui sont l'objet de dispositions spéciales.

Tous les moyens qui, comme l'exception *judicatum solvi*, les déclinatoires, les exceptions dilatoires, les demandes en communication de pièces, les nullités de procédure n'auront pour effet que de neutraliser pour un temps l'exercice des droits du demandeur, devront être classés au rang des exceptions; tous ceux, au contraire, qui éleveront un obstacle irrévocable et définitif, seront considérés comme moyens du fond.

Par exemple, la caution poursuivie par le créancier peut user du bénéfice de discussion et du bénéfice de division.

Par l'un, l'exercice des droits du créancier n'est que suspendu, il pourra être repris; l'autre, au contraire, a pour effet d'éteindre en partie les droits du créancier. Le bénéfice de discussion n'est donc qu'une exception, et le bénéfice de division est un moyen qui porte sur le fond du droit. (1)

365. Cette doctrine est en harmonie avec la jurisprudence.

366. Elle trouve sa sanction dans un arrêt de la Cour de cassation, du 27 juillet 1826, rendu dans l'espèce suivante.

Le créancier d'une succession bénéficiaire poursuivait, contre l'héritier, le paiement de sa créance; l'héritier soutenait que tous les deniers provenant de la succession avaient été distribués aux créan-

(1) M. Pigeau, tome I, pages 187 et 201.

ciers, et qu'il n'avait plus aucune valeur entre les mains, sans toutefois contester la créance en elle-même. Il fut condamné à payer. Ayant appris que la créance avait été cédée à un tiers, il demanda à être subrogé aux droits du cessionnaire. Celui-ci répondit d'abord que la cession était postérieure à la fin du procès, qu'ainsi la créance n'était plus litigieuse lorsqu'elle avait été cédée; que d'ailleurs jamais le litige n'avait porté sur la créance elle-même, sur son existence, sur le fond du droit. La Cour de cassation a reconnu qu'en effet jamais la créance n'avait été contestée au fond. Cela était évident; le moyen proposé par l'héritier ne tendait pas à faire juger que le droit du créancier était éteint, il avait seulement pour but de repousser la condamnation, attendu l'absence de tout actif dans la succession. En supposant que cette défense eût été admise, le créancier n'en aurait pas moins conservé sa créance et le droit de l'exercer, si plus tard de nouvelles valeurs étaient advenues à la succession : le moyen présenté était donc une simple exception et non une défense au fond. (1)

367. La Cour de Rouen a, au contraire, méconnu les vrais principes, en décidant qu'un litige portant non sur l'existence du droit, mais seulement sur la manière dont il était exercé, autorisait la subrogation. (2)

---

(1) Arrêt du 27 juillet 1826; Sirey, 27. 1. 262; Dalloz, 26. 1. 443.
(2) Arrêt du 1er décembre 1826; Sirey, 30. 2. 132; Dalloz, 30. 2. 48.

Un sieur Lecerf avait cédé à la dame Vigneron et au sieur Payen, le prix d'un immeuble qui lui était dû.

Les deux cessionnaires prirent chacun une voie différente, pour exercer leurs droits.

La dame Vigneron procéda par voie de saisie immobilière des biens vendus; le sieur Payen demanda la résolution de la vente.

Procès entre eux, pour savoir lequel des deux moyens aurait la préférence.

Durant le litige, la dame Vigneron cède ses droits au sieur Blin; celui-ci signifie son transport à Payen, qui, prétendant que le droit cédé était litigieux, demande à être subrogé au cessionnaire. Un double motif repoussait cette prétention. D'une part la chose cédée par la dame Vigneron était sa créance de 1800 fr. contre Lecerf. La cession comprenait bien aussi, si l'on veut, le droit qu'elle prétendait avoir de suivre, malgré Payen, l'expropriation des immeubles; mais ce second objet n'était qu'une portion, certainement peu importante, des droits que Blin avait voulu acquérir; Payen ne pouvait donc pas demander la subrogation à la cession de la créance de 1800 fr., dont il n'était pas personnellement tenu. D'un autre côté, en supposant que Payen parvînt à faire juger que la saisie immobilière avait été pratiquée mal à propos, le droit de la dame Payen à la somme de 1800 fr. n'éprouvait aucune atteinte. Seulement, au lieu d'en obtenir le paiement, elle était obligée de prendre l'immeuble en nature, pour la partie correspon-

dante à sa créance. La Cour de Rouen s'est donc trompée en admettant la demande en subrogation. Elle n'a pas même pris la peine de motiver sa décision : elle dit bien, il est vrai, qu'il existait à l'époque de la cession un *litige sérieux* sur la question de savoir si la voie de l'envoi en possession ou celle de l'expropriation devait être suivie ; mais on ne trouve pas un mot, pour établir que ce litige était relatif *au fond du droit*. Or, c'était sur ce point qu'elle devait s'expliquer.

368. La Cour de cassation a tracé aux Cours royales, la marche qu'elles doivent suivre pour mettre leurs arrêts à l'abri de toute critique ; *elle* exige d'elles qu'elles constatent d'abord qu'il y a litige, et en outre, que ce litige porte sur le fond du droit. Elle a cassé un arrêt de la Cour d'Orléans qui n'avait rempli que la moitié de cette obligation.

« Attendu, est-il dit, dans les considérans, que dans l'espèce, la Cour d'Orléans s'est bornée à rechercher les circonstances qui semblaient l'autoriser à regarder comme encore subsistant un litige que l'on soutenait être depuis long temps terminé ; et *qu'elle a négligé d'examiner si ce litige avait jamais eu pour objet le fond du droit ; qu'elle a néanmoins appliqué l'article* 1699, *sans avoir préalablement décidé cette question.* (1)

369. Si l'attention de la Cour de Rouen se fût

---

(1) Arrêt du 5 juillet 1819 ; Sirey, 20. 1. 53, Dalloz, v° *Vente*, page 926.

arrêtée sur la nécessité d'expliquer la nature du litige, elle eût certainement reconnu qu'il n'avait pas le caractère exigé par l'art. 1700; elle eût senti, comme l'a jugé la Cour de cassation (1), qu'une créance, non contestée en elle-même, n'est pas litigieuse, par cela seul qu'il s'élève des difficultés dans son exercice.

370. J'ai dit qu'en demandant la nullité des actes de la procédure, ou en soutenant que l'instance est irrégulièrement intentée, le défendeur n'élève pas une contestation sur le fond du droit; par la raison que le droit du demandeur ne serait pas irrévocablement éteint par un jugement qui accueillerait la défense.

Cependant, il peut arriver que de simples nullités de procédure aient pour résultat indirect l'extinction du droit même. En ce cas, le droit doit-il être considéré comme litigieux?

La veille du jour où s'accomplit la prescription trentenaire, le titulaire d'une créance forme une demande en justice.

---

(1) Arrêt du 5 juin 1826; Sirey, 26. 1. 412. Il faut remarquer que cet arrêt n'a pas été rendu dans un cas relatif à l'exercice du retrait autorisé par l'art. 1699. Dans l'espèce, on demandait la nullité de la cession comme ayant été faite à un notaire, par application de l'art. 1597; il y avait lieu, par conséquent, à se montrer plus sévère; car ce n'est pas seulement le litige sur le *fond du droit* qui vicie les cessions faites aux juges et aux officiers ministériels; un litige, quel qu'il soit, même non entamé, suffit. Il est donc certain que si les difficultés sur l'exécution ne constituent pas un litige dans le sens de l'art. 1597, à plus forte raison, elle n'ont pas ce caractère, lorsqu'il s'agit d'appliquer l'art. 1700.

Le défendeur soutient que l'exploit introductif est nul en la forme.

Il est certain que si la nullité est prononcée, non-seulement la demande sera écartée; mais que, l'interruption de la prescription étant considérée comme non avenue, le droit lui-même se trouvera éteint par la prescription.

Je ne pense point que, même dans une pareille hypothèse, l'exception de nullité constitue un litige sur le fond du droit.

Sans doute, en recherchant ce qui adviendra par suite du jugement qui déclarera nul l'exploit introductif, on aperçoit que, si le créancier renouvelle sa demande, on aura à lui opposer un nouveau moyen portant sur le fond du droit, la prescription; mais ce n'est pas sur ce qui pourra ultérieurement arriver que l'on doit se fonder pour déterminer le caractère du procès qui existe actuellement. Il faut apprécier la contestation, d'après les élémens dont elle se compose et d'après les moyens qui sont soumis au juge au moment présent. La disposition de l'article 1700 est exceptionnelle, elle est restrictive de la liberté des transactions; renfermons-la exactement dans ses limites.

371. Au surplus, il ne faut pas confondre les nullités et les irrégularités qu'on peut reprocher à la procédure, avec les vices de forme dont serait atteint le titre même constitutif du droit. Le procès dans lequel on soutiendrait qu'une donation entre-vifs est nulle, parce qu'elle n'a pas été faite devant notaire, ou qu'un testament olographe

n'est pas valable, parce qu'il n'a pas été écrit par le testateur, serait un procès sur le fond du droit, quoiqu'il roulât sur des questions relatives à la forme des actes. On conçoit très bien, en effet, que ces nullités auraient pour conséquence immédiate et directe, si elles étaient admises, l'anéantissement des titres et l'extinction des droits du demandeur.

Ainsi, c'est toujours à un point de vue unique qu'il faut se reporter pour décider s'il y a ou non litige sur le fond du droit. On doit se demander quel est le but, quel sera l'effet des moyens de défense opposés aux prétentions du demandeur.

S'ils tendent à écarter irrévocablement la demande, le fond du droit est contesté; s'ils ne peuvent, au contraire, que la repousser provisoirement, en laissant au demandeur la faculté de la reprendre, de la porter devant d'autres juges, ou d'en former une nouvelle, la contestation ne porte point sur le fond.

372. Il est des circonstances dans lesquelles, quoiqu'une demande soit présentée aux tribunaux, il n'y a point véritablement litige, et où l'intervention de la justice a plutôt pour but la surveillance d'opérations qui intéressent plusieurs parties, que la décision de contestations qui les divisent. Telles sont les instances en partage. On a donc jugé avec raison que le retrait ne peut être exercé contre le cessionnaire de droits successifs indivis, par cela seul qu'au moment de la cession, il existait une instance en partage de la succession,

lorsque d'ailleurs aucune contestation n'était élevée sur le droit du cédant. (1)

373. On ne doit pas non plus considérer comme un procès autorisant la demande en subrogation, la contestation dans laquelle une partie reproduit des prétentions que des décisions passées en force de chose jugée ont déjà rejetées. Le cessionnaire de droits reconnus par des jugemens inattaquables ne deviendra pas un acheteur de procès, parce que le débiteur s'avisera, au mépris de l'autorité de la chose jugée, de renouveler une contestation terminée. Toutefois, il ne faut point se méprendre sur les motifs et la portée de cette solution. Ce n'est point parce que la prétention doit être évidemment repoussée, que l'exercice du retrait est dénié; car, selon les principes que j'ai développés, le fait seul de l'existence du litige sur le fond du droit, quelle que soit d'ailleurs l'issue qu'il doive avoir, donne lieu à l'application de l'article 1699. Dans l'hypothèse que j'examine, c'est la nature spéciale du moyen opposé à la demande qui ôte à la contestation le caractère de litige. On suppose qu'une première décision souveraine a mis fin à un procès, et que cependant celui qui l'a perdu a recommencé la lutte. Celui qui l'a gagné n'a point à discuter le mérite d'une prétention précédemment proscrite, il l'écarte par une fin de non-recevoir invincible, l'exception de chose jugée; en d'autres termes, il dit : Il n'y a plus de procès possible entre nous

---

(1) Arrêt de la Cour de Lyon, du 24 juillet 1828; Sirey, 29. 2. 141; Dalloz, 29. 2. 11.

sur ce point. Si, en effet, plus tard, on reconnaît qu'il y avait eu chose jugée, et que, par conséquent, le procès était terminé avant la cession, il serait absurde d'admettre la subrogation, qui suppose l'existence d'un litige. (1)

374. La faculté de se faire subroger aux droits du cessionnaire est accordée au débiteur cédé, par plusieurs motifs qui ont été indiqués ; elle met un frein aux spéculations odieuses des acheteurs de procès ; elle termine une contestation naissante ; elle ne blesse aucun intérêt, car, dans l'état d'incertitude où se trouvent les droits réclamés, le cessionnaire ne peut dire qu'il reçoit moins que leur valeur. Le débiteur ne doit donc pas attendre qu'une décision définitive soit rendue contre lui, pour demander la subrogation; il serait alors non recevable. Les considérations qui ont déterminé le législateur auraient à ce moment perdu toute leur puissance; le droit ne serait plus litigieux; par conséquent, il serait injuste d'obliger le cessionnaire d'un droit devenu certain à l'abandonner pour une somme inférieure à sa valeur; enfin, le procès étant terminé, il ne saurait être question de le prévenir.

375. Par les mêmes motifs, le débiteur ne peut défendre à la demande dirigée contre lui, et en même temps prendre des conclusions subsidiaires tendantes à la subrogation, pour le cas où il succomberait au fond. Les juges qui condamneraient

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 4 mars 1823; Sirey, 23, 1. 204; M. Rolland de Villargues, v° *Retrait de droits litigieux*, n° 9.

le débiteur, et l'autoriseraient à se faire tenir quitte, en remboursant le prix de la cession, se mettraient en contradiction avec eux-mêmes; ils déclareraient le droit certain et appliqueraient la disposition faite pour le cas où il y a incertitude; ils étendraient une protection, due à celui qui peut encore être considéré comme injustement poursuivi, à celui dont ils viendraient de rejeter la défense. (1)

En un mot, le débiteur de droits litigieux, poursuivi par un cessionnaire, est autorisé à opter entre le procès et le remboursement du prix de la cession; cette faculté cesse évidemment, au moment où le procès finit.

376. La demande en subrogation peut être formée en tout état de cause, et même pour la première fois en appel, quoique la cession fût connue du débiteur en première instance. Tant que le droit conserve sa nature litigieuse, son caractère d'incertitude, les considérations qui ont fait introduire le retrait subsistent. Il est vrai que c'est une demande nouvelle, mais elle est recevable, même en appel, comme défense à l'action principale. (Cod. proc. art. 464.) (2)

377. Néanmoins, il faut dire avec Pothier que, si le cessionnaire, après une longue instruction,

(1) Arrêts de la Cour de cassation, du 1er juin 1831; Dalloz, 31. 1. 197; Sirey, 31. 1. 245; du 8 mars 1832; Sirey, 32. 1. 446.

(2) Arrêts de la Cour de Grenoble, du 19 mai 1828; Sirey, 29. 2. 203; Dalloz, 29. 2. 234; de la Cour de Rouen, du 1er décembre 1826; Sirey, 30. 2. 132; Dalloz, 30. 2. 48; arrêt de la Cour de Metz, du 11 mai 1831; Sirey, 32. 1. 446; Pothier, *de la Vente*, n° 598.

et après avoir par ses soins et ses découvertes, levé tous les doutes sur la légitimité de la créance à lui cédée, avait mis le procès en état d'être jugé, le débiteur, à la veille du jugement, c'est-à-dire, à la veille de succomber, ne devrait pas être admis à l'exercice du retrait, car la chose ne serait plus entière.

Pothier justifie son opinion, en faisant remarquer que le retrait n'est autorisé que pour empêcher le procès, et qu'il serait contre l'esprit de la loi que le débiteur, qui a voulu soutenir le procès jusqu'à la fin, fût admis, au moment du jugement, à exercer ce retrait. M. Troplong pense aussi qu'on pourrait, selon les circonstances, considérer la conduite du débiteur, comme une renonciation tacite au droit de demander la subrogation (1). Les juges, dans l'esprit desquels il ne reste plus aucun doute sur la certitude des droits exercés par le cessionnaire, qui comprennent, par la marche qu'a suivie l'affaire, que le débiteur prévoit le jugement qui va être prononcé contre lui, qui sont convaincus que c'est le pressentiment de sa condamnation qui le détermine à exercer le retrait, peuvent certainement rejeter sa demande. Elle n'est plus de sa part l'usage loyal d'une faculté légale et propre à atteindre le but que s'est proposé le législateur; c'est une combinaison frauduleuse, au moyen de laquelle il essaie, contre le vœu formel de la loi, de cumuler l'avantage de la lutte soutenue jusqu'à la dernière extrémité, et celui de la sub-

(1) N° 999.

rogation obtenue en payant le prix de la cession.

378. Cependant, si le cessionnaire, pour prévenir la demande en subrogation, a tenu la cession cachée, et a poursuivi, au nom du cédant; le débiteur doit être admis, même après le jugement, à user du bénéfice de l'art. 1699. Le repousser dans une pareille situation, ce serait rendre inefficaces la prévoyance et la sagesse de la loi. Ceux qui achèteraient des droits litigieux auraient toujours la précaution de dissimuler les ventes, et empêcheraient ainsi l'exercice de la faculté qui est accordée aux débiteurs cédés. D'ailleurs, ceux-ci n'ont pu user du droit qui leur est donné, avant de connaître la cession qui le produit. (1)

379. Quelques arrêts (2) ont jugé, et plusieurs auteurs (3) enseignent que la faculté accordée par l'article 1699 ne s'applique qu'aux cessions de créances et autres choses incorporelles; que les ventes des corps certains et déterminés, notamment les ventes d'immeubles désignés, ne sont point comprises dans la disposition de cet article. M. Troplong repousse cette doctrine (4). Il cite

---

(1) Pothier, n° 597. Arrêt de la Cour de Rouen, du 16 mars 1812; Sirey, 12. 2. 335; Dalloz, v° *Vente*, p. 925, note 2, n° 2; Journal du Palais, tome 34. p. 75.

(2) Arrêts de la Cour de Riom des 12 et 13 mai 1813, confirmés par arrêt de la Cour de cassation, du 24 novembre 1818; Sirey, 19. 1. 205; arrêt de la Cour de Bordeaux du 20 juin 1823, dans une affaire Pontet; ce dernier arrêt est cité par M. Rolland de Villargues, v° *Droits litigieux*, n° 6. Je ne l'ai trouvé dans aucun recueil.

(3) M. Delvincourt, tome III, notes, page 171; M. Rolland de Villargues, loc. cit.

(4) N° 1001.

de nombreuses autorités (1), qui démontrent que, dans l'ancienne jurisprudence, les ventes de *choses litigieuses* étaient, comme les ventes de *droits litigieux*, soumises à l'exercice du retrait. Il fait remarquer qu'il importe peu que l'objet cédé soit meuble ou immeuble, corporel ou incorporel; que de pareilles ventes sont bien moins l'aliénation de la chose même que la cession d'un procès; qu'un procès est un droit incorporel, quelle que soit la chose qui en est l'objet. Il pense que la distinction est repoussée par les termes mêmes de l'article 1701. « Cet article, dit-il, dispose que le retrait n'aura pas lieu, lorsque la cession a été faite au possesseur de *l'héritage sujet au droit litigieux*, et, comme on le verra plus tard quand nous l'analyserons, il suppose qu'il a pu y avoir cession d'un droit de propriété immobilière contesté entre les parties. Donc il admet implicitement que les dispositions de l'art. 1699 ne sont pas étrangères au cas où l'on vend un immeuble litigieux. »

Ce dernier argument ne me semble pas aussi décisif qu'il paraît l'être à M. Troplong. L'art. 1701

(1) M. de Lamoignon, arrêtés, t. I. p. 142, n° 24, dit que « le cessionnaire *des héritages* et autres droits immobiliers et mobiliers de quelque qualité qu'ils soient, étant en litige, peut être contraint par celui sur lequel le transport a été pris de le subroger en ses droits. » On lit dans Ferrière, sur l'art. 108 de la coutume de Paris, § 3, n° 5. « Les cessions des actions et *choses* litigieuses sont permises en France, mais conformément aux lois *per diversas et ab Anastasio*, Rousseaud de Lacombe, dit que « ces lois sont applicables, *soit que la cession soit faite de droits litigieux*, *de meubles ou d'immeubles*.

démontre seulement que la cession d'un droit litigieux sur un immeuble, donne lieu en général au retrait; mais ce n'est pas là ce qui est contesté; on soutient que la subrogation n'est pas admissible, lorsque c'est l'immeuble litigieux lui-même qui a été vendu.

Quoi qu'il en soit, je m'unis à M. Troplong, pour combattre une doctrine qui n'a obtenu quelque crédit que parce qu'on ne s'est pas rendu un compte bien exact du sens des expressions qu'on a employées pour l'établir.

Ce ne sont, a-t-on dit, que les cessions de choses incorporelles qu'atteint la disposition de l'article 1699. Celui qui vend un immeuble ou toute autre chose corporelle est donc en dehors de la règle.

Ainsi, un immeuble est l'objet d'une contestation entre deux personnes; par exemple, entre un légataire qui soutient que l'immeuble est compris dans son legs, et l'héritier qui a la prétention opposée; le procès est entamé. Si l'héritier qui possède l'immeuble le vend, on dira que le légataire n'a pas le droit de rembourser à l'acheteur le prix de la vente et de se faire attribuer l'immeuble. Si, au contraire, le légataire vend son droit, l'héritier pourra se faire tenir quitte par le cessionnaire, en lui remboursant le prix de la cession.

Pourquoi cette différence?

Le droit du légataire et le droit de l'héritier sont de même nature; ils prétendent l'un l'autre être propriétaires; peu importe que le premier puise son titre dans un testament et l'autre dans

sa qualité d'héritier. La contestation engagée rend les droits respectifs également litigieux; et évidemment, lorsque celui-ci vend l'immeuble et celui-là son droit à l'immeuble, c'est également un droit de propriété litigieux, qu'ils transmettent. A la vérité l'héritier possède, mais ce fait, très important sous d'autres rapports, est ici absolument insignifiant; sans doute il place l'héritier dans une position favorable pour soutenir la contestation; mais il ne donne à sa prétention aucun caractère de certitude; il n'empêche pas que son acheteur ne soit un acheteur de procès; et dès-lors, on ne conçoit pas que cette circonstance puisse soustraire celui-ci à l'application de la sage règle consacrée par l'article 1699.

380. Le débiteur, pour se faire tenir quitte par le cessionnaire, doit lui rembourser le prix de la cession et les frais et loyaux coûts, auxquels elle aura donné lieu. (1)

381. Il doit aussi payer le coût de la signification du transport et les frais de l'instance, depuis le moment où elle a été suivie par le cessionnaire, jusqu'à la demande en subrogation.

Pour que le vœu de la loi soit rempli, il faut que le cessionnaire se retire indemne; il ne le serait point, si les frais de l'acte de cession, si les dépens de l'instance antérieurs à la demande en retrait restaient à sa charge. (2)

(1 et 2) Cod. civ. art. 1699; Pothier, *de la Vente*, n° 598. *Voy.* infrà, n° 386, qu'il est certains frais que ne peut réclamer le cessionnaire.

382. Le débiteur doit enfin, et par suite du même principe, les intérêts, à compter du jour où le cessionnaire a payé le prix de la cession. (1)

383. La cession n'ayant d'effet, à l'égard du débiteur, qu'en vertu de la signification, le paiement n'est réputé avoir été fait par le cessionnaire qu'à compter du jour où la signification a eu lieu. Autrement, en antidatant la cession, le cédant et le cessionnaire pourraient faire remonter à une époque éloignée, le point de départ des intérêts, au détriment du débiteur. D'ailleurs, celui-ci est autorisé à dire que, s'il eût connu le transport plus tôt, il en eût plus tôt remboursé le prix, et qu'il eût ainsi empêché les intérêts de courir. (2)

Toutefois, si le débiteur place lui-même la cession à une époque antérieure à la signification (par exemple pour établir qu'elle a eu lieu, au moment où le procès était encore pendant, quoiqu'elle n'ait été signifiée que depuis le jugement qui l'a terminé) (3), les intérêts courront contre lui, non pas seulement du jour de la signification, mais bien à compter de la date véritable de la cession. Il serait absurde que le débiteur pût assigner simultanément deux dates différentes à l'acte de transport; l'une, pour se donner le droit de demander la subrogation; l'autre, pour se dispenser de payer une portion des intérêts.

---

(1) L. 22, Cod. *Mand. vel. Contrà*. Cod. civ. art. 1699; Pothier, n° 598.

(2) Pothier, n° 598; M. Duranton, tome XVI, n° 532 en note, M. Troplong, n° 1000.

(3) *Voy.* suprà, n° 378.

384. Les intérêts courent tant que le cessionnaire est privé de son capital, c'est-à-dire jusqu'au remboursement effectif, ou jusqu'aux offres réelles, qui seules en tiennent lieu.

385. Il n'est pas nécessaire que la demande en subrogation soit accompagnée d'offres réelles, pour que les juges doivent l'accueillir. Peut-être aurait-on dû en exiger, afin que le cessionnaire, après avoir été privé de son droit, ne se trouvât pas exposé à des difficultés ou à des lenteurs pour le paiement. Mais ni l'ancienne jurisprudence, ni le Code civil n'ont imposé formellement cette condition, et l'on ne saurait l'induire des termes qu'emploie l'article 1699. (1)

386. C'est le prix *réel* de la cession que le débiteur doit rembourser au cessionnaire (Cod. civ. art. 1699). Cette expression indique que la loi entend laisser au débiteur toute faculté de déjouer les fraudes, au moyen desquelles on chercherait à

(1) « Il n'est pas nécessaire, dit Salviat, Jurisprudence du Parlement de Bordeaux, v° *Cession de droits litigieux*, n° 1, que l'exercice de cette action soit accompagné d'offres réelles; il suffit de se soumettre à rembourser le principal, frais et loyaux coûts, etc.; la loi *per diversas* ne parle point d'offres. » Arrêts de la Cour de cassation du 8 frimaire an XII et du 25 brumaire an VII; Sirey, 4. 1. 188; arrêt de la Cour de Besançon, du 31 janvier 1809; Sirey, 13. 2. 362. On peut citer aussi deux arrêts, l'un de la Cour de Colmar du 11 mars 1807, l'autre de la Cour de Bourges, du 16 décembre 1833; Sirey, 7. 2. 281 et 34. 2. 653, qui ont jugé de la même manière, en matière de retrait successoral. L'analogie est parfaite, puisque la rédaction de l'art. 841 est semblable à celle de l'article 1699; M. Merlin, Questions de droit, v° *Droits successifs*, § I; Répertoire de jurisprudence, v° *Droits litigieux*, n° 7; M. Rolland de Villargues, v° *Retrait de droits litigieux*, n° 27.

paralyser l'exercice du retrait, en portant dans les actes de cession des prix au-dessus des sommes réellement payées par le cessionnaire. Le débiteur est donc admis à établir par toutes sortes de moyens que le prix indiqué dans l'acte a été frauduleusement enflé. La maxime qu'aucune preuve n'est admise contre et outre le contenu aux actes cesse d'être applicable, lorsque les actes sont attaqués pour cause de fraude, et aussi lorsque celui qui les attaque n'y a point été partie. Les deux exceptions se réunissent, en faveur du débiteur qui soutient que la somme énoncée comme prix de la cession est plus forte que le prix véritable, et que cette fausse énonciation, placée dans un acte qui lui est étranger, est une combinaison frauduleuse du cessionnaire. (1)

Le tribunal de première instance de Paris a lumineusement développé ces principes dans un jugement rendu en matière de retrait successoral. On lit dans les considérans : « Sans la faculté de prouver par tous les moyens possibles la fausseté du prix porté dans l'acte de cession, le droit accordé par l'article 841 du Code civil serait complètement illusoire; en priver le cohéritier, ce serait faire tourner contre lui un droit introduit en sa faveur, puisqu'il deviendrait clause de style de grossir outre mesure le prix d'une cession de droits successifs, pour s'opposer au retrait ou le rendre frauduleusement onéreux. Cette doctrine,

---

(1) Répertoire de jurisprudence, v° *Droits litigieux*, n° 7; M. Duranton, tome XVI, n° 537.

conforme à l'esprit de la loi, est d'ailleurs confirmée par le texte des articles 1353 et 1348 du Code civil....... Ce ne serait pas assez d'avoir reconnu la simulation dans le prix, si la réalité du montant du prix n'était pas déterminée. En droit même, dans l'absence de toute preuve, les magistrats ne pourraient être légalement placés dans cette pénible nécessité de reconnaître une simulation flagrante, et cependant d'ordonner l'accomplissement de la fraude, parce qu'elle serait artistement combinée; on ne saurait accuser le législateur d'une aussi choquante anomalie; dans ce cas-là même, les magistrats devraient apprécier, suivant leurs lumières et leur conscience, la somme que celui qui a voulu frauder a pu et dû donner dans les circonstances où les parties se trouvaient placées; c'est ainsi que dans le cas de l'article 1369, lorsqu'il est impossible de constater autrement que par le serment la valeur de la chose demandée, le juge peut déférer le serment d'office au demandeur, mais même, en cas d'impossibilité, il doit déterminer la somme jusqu'à concurrence de laquelle le demandeur en sera cru sur son serment. C'est ainsi que, dans l'ancienne jurisprudence, plusieurs coutumes voulaient que le défendeur ajourné en retrait affirmât le vrai prix, et que celles de Laon, articles 237 et 238, Reims, art. 204, ajoutaient que, *où il y aurait apparence de fraude et simulation sur le vrai prix, le vendeur peut être contraint à prêter pareil serment que l'acheteur, étant les parties en procès sur fraude maintenue.* (1)

(1) Sirey, 34. 2. 650.

La Cour royale a confirmé cette décision (1); et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par le cessionnaire. La doctrine consacrée par leurs arrêts s'applique parfaitement au retrait litigieux.

Je dois faire remarquer un incident singulier qui s'est présenté dans l'affaire dont je viens de parler. Non-seulement la fraude a été déjouée, mais elle a tourné contre son auteur, et le trompeur a été pris au piège qu'il avait tendu. Le cessionnaire, pour ôter aux cohéritiers de son cédant toute pensée d'exercer le retrait successoral, avait porté à 60,000 francs le prix de la cession, qui réellement n'était que de 1,900 francs. Il avait été obligé de payer le droit d'enregistrement sur la somme qui figurait dans l'acte. Plus tard, lorsque la vérité a été connue, que la demande en retrait a été accueillie, moyennant le remboursement de la modique somme formant le prix réel de la cession, le cessionnaire a cru que du moins on condamnerait les retrayans à lui payer les frais qu'avait causés la cession, et notamment les droits d'enregistrement perçus sur la somme de 60,000 fr.; mais le tribunal et la Cour ont fait une sage distinction entre les frais qu'eût occasionés la cession, si le véritable prix y eût été énoncé, et ceux qu'avaient produits les énonciations frauduleuses, notamment la fausse indication du prix de 60,000 fr. Ils ont ordonné que les premiers seuls seraient

(1) Arrêt du 14 février 1834; Sirey, loc. cit.

remboursés. En vain le cessionnaire s'est pourvu contre ce chef; la Cour de cassation lui a répondu, « qu'en déclarant simulé le prix de 60,000 fr. et le réduisant à 1,900 fr., l'arrêt avait justement ordonné la restitution des frais d'enregistrement dans la proportion du prix réel de 1,900 fr. » (1)

Il y a tout à-la-fois dans cet arrêt une piquante leçon pour les artisans de fraude; et cette excellente décision, que dans les frais que peut exiger le cessionnaire contre lequel est exercé le retrait, ne sont pas compris ceux dont ces machinations frauduleuses ont été l'occasion. Ce ne sont pas là des *loyaux coûts*.

387. La faculté d'exercer le retrait appartient au débiteur, contre lequel ont été cédés les droits litigieux; soit que le prix de la cession consiste en une chose donnée au cédant; soit qu'il consiste en monnaie; c'est-à-dire, aussi bien lorsqu'il y a échange que lorsqu'il y a vente. D'abord, les règles relatives à l'un de ces contrats sont, en général, applicables à l'autre (Cod. civ. art. 1707). En outre, n'y a-t-il pas également un litige à prévenir, un acquéreur de procès à éconduire? Dans l'exécution, on rencontrera une difficulté pour accomplir à la lettre la disposition de l'article 1699; il sera impossible au débiteur de rendre au cessionnaire identiquement la chose que celui-ci aura donnée au cédant; mais en lui restituant une chose sem-

(1) L'arrêt de la Cour de cassation, en date du 1er juillet 1835, est encore inédit.

blable, si cela est possible, ou sa valeur, il devra obtenir la subrogation. (1)

388. La jurisprudence et les auteurs n'ont pas hésité à appliquer ainsi à l'échange, des règles faites pour la vente, malgré leur caractère exceptionnel, malgré leur effet restrictif de la liberté des conventions. La similitude de ces deux espèces de contrats est telle que l'extension est justifiée.

Si la transmission s'est opérée d'une autre manière, et, par exemple, à titre gratuit; par cela seul que l'acte translatif des droits n'est ni une vente, ni un échange, il ne doit pas être soumis aux dispositions de l'article 1699.

A la vérité, l'art. 1701, qui énumère toutes les exceptions au principe posé dans les articles précédens, n'y comprend pas le cas où il y a donation de droits litigieux. Mais cela était inutile; on n'a jamais pensé que des articles placés au titre des donations dussent être appliqués aux ventes; par la même raison, les dispositions qui régissent la vente ne sauraient être imposées aux donations. Le législateur, en écrivant les règles particulières à chaque espèce de conventions, n'a pas besoin d'exprimer qu'elles doivent être renfermées chacune dans leur spécialité. Je verrais véritablement un non-sens à dire que c'est par exception que tel ou tel principe sur les donations ne s'applique

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 549; M. Troplong, n° 1002. *Voy.* aussi un arrêt de la Cour de cassation du 19 octobre 1814, rendu en matière de retrait successoral; Sirey; 15. 1. 112; Dalloz, v° *Succession*, p. 492. *Voy.* tome XVI (1er de ma Continuation), n° 49.

pas aux ventes, et réciproquement. La rédaction du Code civil, loin de mériter ce reproche, me semble parfaitement claire et méthodique, et bien plus logique que celle de la loi *per diversas*.

L'article 1699 dit que, dans les ventes de droits litigieux, le retrait peut être exercé. Cela suffisait, si l'on eût voulu que toutes les ventes sans exception restassent soumises à cette règle; et il n'était pas besoin d'ajouter un mot pour dire que les contrats, autres que la vente, n'y sont pas compris. Mais on a pensé que, dans quelques circonstances, l'achat des droits litigieux avait de justes motifs; il a fallu l'exprimer, et c'est ce qu'on a fait dans l'article 1701. On peut parcourir les diverses hypothèses qu'il indique, et l'on verra que dans toutes, il y a cession, cession-transport, vente.

Ainsi la raison pour laquelle les donations de droits litigieux ne sont pas soumises au retrait, est infiniment simple. C'est parce qu'une donation n'est pas une vente.

On a fait remarquer qu'il serait d'ailleurs impossible au débiteur des droits cédés d'exercer le retrait, contre le donataire, en lui remboursant ce qu'il a payé; puisque la chose lui a été transmise gratuitement. L'observation est juste, mais cet argument, fondé sur les difficultés d'exécution, ne me paraîtrait pas seul complètement décisif; j'ai plus de confiance dans la démonstration *à priori*, tirée de la différente nature des contrats, qui ne permet pas d'appliquer à l'un les règles faites pour l'autre. L'on va voir bientôt qu'il n'est pas indif-

férent d'arriver à la vérité par telle ou telle voie.

Sans doute si l'on déguise une vente sous la forme d'une donation, pour échapper au retrait; le débiteur, en prouvant la fraude, en démontrant qu'il y a eu un prix payé, aura le libre exercice de son droit. (1)

Mais que faut-il décider si la chose litigieuse a été vendue en partie, et en partie donnée; et s'il y a eu donation onéreuse?

On ne doit pas confondre ces deux questions, sous peine de donner à chacune une solution fausse.

Par un seul et même acte, on peut donner et vendre deux parties distinctes d'une même créance, d'un même droit; alors l'acte n'est point, tout à-la-fois donation et vente; il contient vente d'une partie de la chose et donation de l'autre. Par conséquent, la subrogation peut être demandée pour ce qui est vendu, et non pour ce qui est donné.

Ainsi, l'application de la loi n'offre aucun embarras, lorsque la distinction est bien établie entre l'objet de la vente et l'objet de la donation, lorsque l'intention de faire deux actes de nature différente est clairement exprimée.

---

(1) *Voy.* ce que j'ai dit, suprà, n° 386, du droit qu'a le débiteur de prouver la fausseté des énonciations de l'acte translatif des droits qu'on veut exercer contre lui; M. Duranton, tome XVI, n° 537; M. Troplong, n° 1009. *Colorata donatio non confirmat inutilem venditionem*, dit Godefroy, ad. L. 22. *cod. mand.*

De graves difficultés se présentent lorsqu'au contraire le caractère de l'acte est incertain; soit parce que, en le qualifiant de donation, on a stipulé un prix du prétendu donataire, ou qu'on lui a imposé des charges; soit parce qu'en disant que l'on vend pour un prix inférieur à la valeur de la chose, on a déclaré donner le surplus.

D'abord, et quoique des auteurs graves aient pensé que, dans de pareils actes, la donation et la vente se trouvent confondues, je ne crains pas d'affirmer que la force des choses repousse cette opinion transactionnelle.

C'est l'intention qui anime les parties qui détermine le caractère légal des contrats.

Si j'ai voulu donner, c'est-à-dire faire une libéralité, je n'ai pas voulu vendre, c'est-à-dire recevoir le prix de la chose que j'aliène. Réciproquement, si j'ai vendu, je n'ai point donné.

Sans doute, il est possible que la volonté de faire une libéralité soit plus ou moins absolue, que la libéralité soit pure et sans mélange, ou qu'elle soit accompagnée de quelques restrictions.

Il est également possible que le vendeur exige avec plus ou moins de rigueur l'équivalent de la chose vendue, et qu'en ayant l'intention d'obtenir un prix, il soit disposé à le demander moins élevé qu'il ne pourrait le faire.

Je ne conteste pas que ces nuances ne modifient dans l'exécution les effets de la donation ou de la vente; mais je soutiens qu'il ne dépend pas des parties de réunir et de confondre par de pareilles combinaisons, dans un seul et même acte, les

élémens constitutifs des deux contrats. Il y a nécessairement toujours dans l'esprit des contractans un but principal, une pensée essentielle, une détermination caractéristique de l'acte. Ils veulent vendre et acheter, ou ils veulent faire et recevoir une libéralité; ils ne peuvent pas vouloir les deux choses en même temps. (1)

Que dans chaque acte, où semblent se confon-

---

(1) « La donation est un acte essentiellement gratuit, disent MM. Championnière et Rigaud, Traité des droits d'enregistrement, tome Ier, nos 88 et 89, en ce qu'il doit contenir un avantage librement constitué : *liberalitas nullo jure cogente facta*. Mais il ne répugne pas à sa nature que le donataire soit soumis à des charges qui diminuent le bénéfice de la chose donnée. La donation, ainsi modifiée est connue sous le nom de donation onéreuse et la jurisprudence a décidé qu'elle est passible du droit déterminé pour les donations entre vifs; on a même été plus loin. Sous l'empire des coutumes, on décidait diversement le point de savoir comment devait être considéré le contrat mixte que constitue la donation onéreuse. Quelques coutumes voulaient que l'on perçût le droit de vente sur la portion de l'immeuble donné dont la valeur était représentée par les charges et le droit de donation pour le surplus... mais sous d'autres, on décidait, au contraire, qu'un contrat ne pouvait avoir qu'un caractère, et que le droit de vente ou de donation devait être perçu seul suivant la nature prédominante du contrat. Cette question, comme nous l'avons dit, agitée dans plusieurs hypothèses importantes, et qui se présentaient fréquemment, était résolue par les auteurs, suivant qu'ils étaient imbus des principes de la coutume sous laquelle ils vivaient. *Voy*. Tiraqueau, du Retrait lignager, § 30, glos. 1, no 7; Henrys, liv. III, ch. III, quest. 28; Guyot, t. 3, p. 298, 311, 549, 666 et 674. Sous l'empire du Code civil, un arrêt du 28 janvier 1818 l'a tranchée, en jugeant que le droit à percevoir sur une donation, dans laquelle le donataire était chargé de payer diverses sommes et rentes viagères, non-seulement était celui que le tarif déterminait pour les donations entre vifs, mais encore qu'il devait être perçu à ce taux, sur la valeur entière des biens donnés, sans déduction des charges imposées. « Attendu que les § 6 et 8 de l'art. 69 de la loi, du 22 frim. an VII ne font aucune distinction entre les donations entre vifs à titre gratuit,

dre les caractères de la vente et ceux de la donation, on recherche attentivement l'intention dominante, la volonté véritable, et l'on sera certain de donner au contrat le nom qui lui appartient. Les expressions des parties, les circonstances où elles se trouvaient, les motifs qui les ont déterminées, leurs relations de parenté, d'affaires, d'affection, sont autant d'indices qui, attentivement explorés, fourniront toujours la solution du problème. Dans les occasions rares, où l'esprit des juges se trouvera suspendu entre d'égales probabilités pour la donation et pour la vente, il se déterminera en faveur de la dernière, en vertu de la maxime, malheureusement trop bien justifiée par l'expérience, que les libéralités ne se présument pas facilement.

Lorsque la nature de l'acte aura été reconnue, l'application de la loi sera facile. Si c'est une vente, le retrait litigieux pourra être exercé; si c'est une donation, il ne le sera point, quoiqu'il y ait un prix, ou quelque chose qui en a l'apparence; parce que, je le répète, l'article 1699 placé dans le titre de la vente ne régit pas les donations.

---

et les donations entre vifs *à titre onéreux*, et qu'aux termes de l'art. 15, il ne doit être fait aucune distraction des charges (Dalloz, tom. 7, page 126). Cet arrêt est d'une haute importance; la difficulté paraît y avoir été attentivement examinée, et de la décision, il résulte clairement que la Cour considère les donations onéreuses comme un contrat mixte, mais ayant une existence propre, et n'étant pas susceptible d'être démembré en deux contrats de natures diverses. Cette solution confirme le principe que nous avons adopté, qu'un contrat ne peut pas être scindé; et que sa nature est unique comme le droit à percevoir. »

Les auteurs ont imaginé divers moyens pour distinguer les donations avec charges, des ventes. Les uns ont pensé que le caractère de l'acte dépendait de la quotité des charges ; d'autres ont soutenu qu'il cessait d'être une libéralité, lorsque c'était en faveur du disposant que les charges étaient imposées (1). Pothier voulait que la donation fût réputée équipollente à vente lorsque les charges imposées au donataire étaient extrinsèques à la chose donnée. « C'est pourquoi, disait-il, la donation d'un héritage qui serait faite avec la charge d'une *grosse* rente dont cet héritage est chargé, quand même la charge de cette rente absorberait le prix de l'héritage, n'est pas pour cela réputée une donation onéreuse; cette charge n'étant pas proprement une charge de la donation, mais une charge de la chose, qui suit la chose, et dont le donataire serait chargé, quand même il n'en serait rien dit par la donation. (2)

L'expérience a montré que ces règles sont insuffisantes et souvent fausses. Ainsi, mille décisions prouveraient au besoin que la stipulation d'une légère redevance, en faveur du donateur, ne change point une donation en contrat à titre onéreux. L'exemple cité par Pothier apprend que la quotité des charges n'est pas toujours un signe non équivoque de la nature du contrat. Enfin il serait facile de démontrer que la distinction entre ce

(1) Pothier, *de la Vente*, n° 613 et suiv.
(2) Traité des retraits, n° 85.

qui est charge de la donation et charge de la chose, est plus ingénieuse que juste.

La seule ressource est de laisser aux juges le pouvoir de décider, d'après les circonstances, s'il y a disposition à titre gratuit, ou acte à titre onéreux.

Pothier a présenté un autre système qui écarte toutes les difficultés par un procédé tranchant et absolu; il consiste à déclarer onéreuse toute disposition, dans laquelle une charge, même la plus légère, est imposée à celui qui reçoit l'objet du contrat. Il est fondé sur la loi 23, *Cod. mand.* qui, dit-on, pour prévenir la fraude, décide que les seules donations faites purement et simplement, sont à l'abri du retrait; et que celles qui sont faites avec charge y restent soumises. On fait remarquer d'ailleurs combien il est facile d'éluder la loi, en dissimulant une partie du prix et en feignant des donations, là où il y a de véritables ventes.

Le texte du droit romain me paraît beaucoup moins absolu qu'on ne le suppose. Il proscrit les ventes déguisées sous la forme de donations; il est dirigé contre la fraude; mais je n'y vois pas écrite cette règle sans exception, que la plus légère restriction apportée à une libéralité la soumet à la loi faite pour les actes à titre onéreux.

Fût-elle explicitement placée dans la constitution de Justinien, le Code civil qui nous régit ne l'ayant pas reproduite, nous ne serions pas obligés de nous y soumettre. Je la repousse aussi, parce que si elle a le sens qu'on lui donne, elle manque son but, et qu'en cherchant à l'atteindre,

elle s'élève contre la nature des choses et contre la vérité.

D'un côté, elle n'empêcherait pas la fraude; car il est aussi facile, peut-être plus, de déguiser une vente sous la forme d'une donation pure, que sous l'apparence d'un acte mi-parti de vente et de donation, ou d'une donation avec charges.

De l'autre, elle qualifie violemment actes à titre onéreux, des actes qui ne contiennent que de vraies, d'évidentes, d'incontestables libéralités. Ainsi, pour empêcher quelques *acheteurs* de droits litigieux de se soustraire à l'exercice du retrait, elle y assujétit une foule de *donataires*.

Le Code civil a montré plus de modération et de sagesse. Il n'a point établi une présomption de fraude générale et absolue; il laisse à la sagacité des juges le soin de la démêler, soit qu'elle s'efforce de déguiser le véritable caractère des actes, soit qu'elle atténue ou qu'elle enfle le prix des cessions.

La jurisprudence atteste que les tribunaux ne se sont point mépris sur la mission qui leur est donnée. J'ai cité des exemples qui prouvent que les plus habiles combinaisons n'échappent point à leur perspicacité (1); mais lorsqu'ils reconnaissent que, malgré certaines restrictions à la libéralité, malgré quelques charges imposées au donataire, il y a véritablement donation, ils repoussent l'application de l'article 1699. Ainsi, on a jugé que le retrait ne pouvait être exercé contre l'enfant à qui

(1) Voy. suprà, n° 988.

sa mère avait cédé, moyennant une faible rente viagère, à titre d'avancement d'hoirie ou de démission de biens, ses reprises matrimoniales, quoiqu'il y eût déjà procès avec des tiers au sujet de ces reprises. (1)

La Cour de Toulouse a aussi considéré, comme une libéralité à l'abri du retrait, une disposition faite par un oncle en faveur de son neveu, quoiqu'il paraisse que certaines charges ou restrictions avaient modifié la libéralité. (2)

389. Le pacte *de quotâ litis*, quelque dangereuses que soient ses conséquences, quelque abus qu'on en puisse faire, n'est point atteint par une prohibition expresse. Des considérations particulières peuvent déterminer à déclarer nulles de pareilles conventions, relativement à certaines personnes(3); mais en général elles doivent être maintenues. Elles diffèrent d'ailleurs d'une manière trop évidente des cessions de droits litigieux, pour qu'elles puissent être soumises à l'exercice du retrait. Si une somme est fournie par celui qui a

(1) Arrêt de la Cour de Caen, du 8 juillet 1824; Sirey, 25, 2. 331, Dalloz, 26. 2. 201; arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1826; Sirey, 26. 1. 397; Dalloz, 26. 1. 202; Journal du Palais, tome 75, page 491; Henrys, liv. III, chap. III, quest. 18.

(2) Les faits et les clauses de l'acte ne sont point rapportés par les arrêtistes; mais le texte même de l'arrêt indique que certaines stipulations avaient été présentées comme imprimant à l'acte le caractère de contrat à titre onéreux. « Attendu, y est-il dit, que *la cession dont il s'agit, passée entre l'oncle et le neveu doit être considérée comme un acte de libéralité qui n'est pas susceptible de retrait.* » *V.* arrêt du 23 décembre 1830; Sirey, 31. 2. 294; Dalloz, 31. 2. 251.

(3) *Voy.* tome XVI (1er de la Continuation), n° 201.

traité avec le plaideur, elle est ordinairement indéterminée jusqu'à la fin du procès, puisque c'est la durée et les incidens du procès même qui élèvent la quotité des avances nécessaires. De là l'impossibilité de faire le remboursement. Dans tous les cas, le remboursement n'éteindrait pas la contestation, puisque c'est seulement une portion du résultat qu'elle doit produire qui a été aliénée. (1)

§ II.

Des exceptions à la disposition qui autorise le retrait litigieux.

SOMMAIRE.

390. *Origine et esprit des exceptions établies par l'art.* 1701.
391. *La première exception est établie pour le cas, où la cession est faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé.*
392. *L'exception ne s'applique pas au cas d'une cession, faite par un étranger à un cohéritier, d'un droit contre la succession. La lettre de la loi est en harmonie avec cette opinion.*
393. *La seconde exception a lieu, lorsque la cession est faite à un créancier, en paiement de ce qui lui est dû.*

(1) Arrêt de la Cour de Bourges, du 29 janvier 1830; Sirey, 30. 2. 146; Dalloz, 30. 2. 65; Journal du Palais, tome 86, pag. 578.

394. *L'exception n'est pas applicable au cas où l'on a constitué une dette, tout exprès pour que la cession des droits litigieux parût être une dation en paiement.*

395. *Elle n'est pas applicable au cas où la soulte payée par le créancier est telle, qu'il y a véritablement cession et non dation en paiement.*

396. *Le troisième cas d'exception se présente, lorsque la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux.*

397. *Le retrait n'a pas lieu, lorsque l'objet principal de la cession est une chose non litigieuse; bien qu'elle ait pour accessoire ou dépendance un droit litigieux.*

390. L'article 1701 admet des exceptions à la règle générale écrite dans l'article 1699. Le Code civil suit encore ici le droit romain; car la Loi 22, *Cod. Mandati*, après avoir posé le principe, établit aussi certaines restrictions. A la vérité, Justinien, par une constitution grecque, qui n'est pas dans les éditions du corps de droit, mais qui se trouve dans les basiliques, et que Cujas rapporte au livre 16, *observ. art.* 16, avait abrogé la partie de la constitution d'Anastase, qui admettait des exceptions, ne laissant subsister que celle qui protégeait les cessions à titre gratuit (1). La rigueur et l'injustice de cette disposition avaient empêché qu'elle ne fût suivie dans l'ancien régime (2), et le législateur moderne a également compris le danger d'un principe absolu et inflexible; il a senti la nécessité de quelques sages exceptions. Avant de les examiner chacune séparément,

(1) Pothier, *de la Vente*, n° 594.
(2) Pothier, loc. cit.

il est bon de saisir la pensée unique où elles ont pris leur source. « Les cas d'exceptions, a dit M. Portalis, sont ceux où l'on ne rapporte la cession de quelque droit litigieux que pour se maintenir soi-même dans quelque droit acquis. » (1)

Guidés par cette indication, parcourons les hypothèses diverses, dans lesquelles le cessionnaire n'est pas exposé à la demande en subrogation.

391. La première est celle où la cession a été faite à un cohéritier ou copropriétaire du droit cédé (Code civ. art. 1701).

392. Il me semble que c'est là précisément la disposition du droit romain : *Exceptis scilicet*, dit la loi *per diversas, cessionibus quas inter cohæredes pro actionibus hereditariis fieri contingit.*

M. Duranton (2) et M. Troplong (3) ont cru cependant apercevoir dans le Code civil une modification. Ils ont pensé que, pris à la lettre, il repoussait le retrait, non-seulement lorsque la cession était faite par un héritier à son cohéritier, par un propriétaire à son copropriétaire (4); mais aussi lorsqu'un tiers, ayant un droit à exercer contre plusieurs cohéritiers ou copropriétaires, l'avait cédé à l'un d'eux. Le premier de ces jurisconsultes, se croyant enchaîné par le texte, parait admettre

(1) M. Locré, tome XIV, page 185.
(2) Tome XVI, n° 539.
(3) N° 1005.
(4) L'ancienne jurisprudence n'admettait l'exception que dans ce cas. Mornac, ad. leg. 21 et 22, *Cod. mandat.*; Rousseaud de Lacombe, v° *Transport*, n° 25; Lebrun, des Successions, liv. IV, chap. II, sect. V, n°s 65 et 67; Pothier, n° 594.

l'exception pour les deux cas; le second, préférant l'esprit à la lettre, soutient par d'excellentes raisons que, lorsque la cession est faite par un étranger à l'un des cohéritiers, celui-ci doit aujourd'hui, comme autrefois, faire profiter la masse du bénéfice de la cession, et n'exiger que ce qu'il a déboursé pour acheter le droit litigieux. Il fait remarquer que de deux choses l'une : ou le cessionnaire a voulu agir dans l'intérêt de la communauté, ou dans son propre intérêt; que, dans le premier cas, on se conforme à son intention en lui tenant compte de ce qu'il a payé; que, dans le second, il n'a fait qu'acheter un procès contre la succession, et que sa qualité d'héritier, loin d'être une excuse, est un motif de plus pour le soumettre à la subrogation; car il doit, plus que tout autre, chercher à éviter les procès et les difficultés dans le partage.

Ces argumens sont sans réplique; et je les adopte avec d'autant plus de confiance, que le texte ne me paraît rien dire qui soit contraire à la conséquence à laquelle ils conduisent.

Pour qu'on puisse plus aisément saisir ma pensée, raisonnons sur des espèces.

Une créance est indivise entre deux cohéritiers, Pierre et Paul, Cette créance est contestée par le débiteur François. Pierre cède sa part à Paul. François ne pourra exercer le retrait, parce que la cession a été faite à *Paul, copropriétaire du droit cédé;* nous sommes évidemment dans les termes de l'article 1701.

Maintenant supposons un cas inverse. François

est créancier d'une succession échue à Pierre et à Paul; et il y a procès sur la créance. François cède son droit à Paul, Pierre pourra demander le retrait. Paul ne sera pas fondé à prétendre qu'il est protégé par l'exception indiquée au n° 1er de l'article 1701. On lui répondra : qu'est-ce qui a été cédé? c'est le droit de François; étiez-vous copropriétaire de ce droit? En aucune façon; vous en étiez le codébiteur; donc, la cession n'a pas été faite *à un copropriétaire du droit cédé*. Ainsi la lettre de la loi nouvelle, loin de contredire l'ancienne jurisprudence, en est l'exacte reproduction.

393. Le second cas d'exception est celui où la cession est faite à un créancier, en paiement de ce qui lui est dû.

Il était aussi admis par la loi romaine (1). On ne peut supposer ni l'intention d'acheter un procès, ni la pensée d'exercer des poursuites vexatoires à celui qui a été déterminé à accepter la cession, par le desir fort légitime de se faire payer ce qui lui est dû.

394. Si la dette, en paiement de laquelle est faite la cession, avait été constituée, précisément pour se placer dans l'exception, et éluder ainsi l'application de la règle générale, cette combinaison devrait être déjouée et la subrogation admise. Il faut toujours refuser effet à la fraude. (2)

395. Si la dette, quoique sérieuse, n'entre que pour une faible partie dans le prix de la cession, et que le cessionnaire du droit litigieux, outre la

---

(1) Loi 22, *Cod. mand.*
(2) M. Duranton, tome XVI, n° 540.

créance qu'il abandonne, paie une soulte considérable, il est possible qu'au lieu d'avoir le caractère d'une dation en paiement, le contrat soit une véritable vente. Les circonstances, surtout la quotité des sommes payées comparée à la valeur de la créance abandonnée, serviront à faire reconnaître quelle a été l'intention des parties; si elles ont eu principalement en vue le paiement de la dette par la cession du droit litigieux, ou la cession même de ce droit; et selon que l'une ou l'autre volonté sera reconnue, on appliquera l'art. 1699 ou l'article 1701. (1)

396. Le troisième cas d'exception se présente, lorsque la cession est faite au possesseur de l'héritage sujet au droit litigieux. Les circonstances dans lesquelles cette dernière disposition peut recevoir son application sont infiniment variées. Ainsi, on doit considérer comme étant à l'abri du retrait, le détenteur qui achète une créance hypothéquée sur l'immeuble qu'il détient; l'usufruitier qui se fait céder une prétention à la propriété de l'immeuble dont il jouit, et qui serait exclusive de son usufruit; celui qui détient, à titre de propriétaire ou d'antichrésiste, et qui, pour repousser la revendication exercée contre lui, acquiert le droit d'un tiers qui se prétend aussi propriétaire (2). Il faut, en un mot, que la cession soit

---

(1) M. Duranton, tome XVI, n° 540, tome XVI (I[er] de ma Continuation), n[os] 45 et suiv. et suprà n° 388.

(2) Pothier, n° 594; M. Delvincourt, tome III, notes, page 174; M. Duranton, tome XVI, n° 541; M. Troplong, n° 1008.

justifiée par la position du cessionnaire; il faut que, en acquérant des droits litigieux, il n'ait pas en vue le bénéfice que peut procurer le résultat du procès, mais qu'il cherche un moyen de protéger et de défendre la possession qu'il avait déjà; *rerum apud se constitutarum muniminè ac tuitione.* Les paroles de M. Portalis, que j'ai citées au commencement de ce paragraphe, reçoivent ici une application directe, puisqu'elles indiquent comme un motif suffisant, pour justifier l'acquisition de droits litigieux, le desir de se maintenir soi-même *dans quelques droits acquis.*

397. Observons que, pour que le retrait soit autorisé, il faut que le droit litigieux soit l'objet principal de la cession, et qu'il ne suffirait pas qu'il s'y trouvât compris comme accessoire ou dépendance d'une chose non litigieuse. Pothier donne pour exemple le cas où, en vendant une terre, on a cédé toutes les créances contre les fermiers des différentes métairies qui en dépendent. On comprend que ce n'est pas l'intention d'acquérir les droits litigieux contre les fermiers qui a animé l'acheteur; que cette acquisition n'est que la suite et la conséquence de l'achat de la terre. (1)

(1) Pothier, n° 596.

TITRE VII.

De l'Echange.

SOMMAIRE.

398. *Transition.*
399. *Division.*

398. Si le législateur eût placé les dispositions relatives à la vente et à l'échange, selon l'ordre dans lequel ces contrats se sont produits dans les relations des hommes, l'échange eût précédé la vente. La vente n'a pu en effet être en usage, que lorsque la monnaie, signe commun de toutes les valeurs, a été imaginée; elle est donc née de l'échange; ou, comme on l'a si bien dit; elle est un échange perfectionné (1). Mais les rédacteurs du Code civil, prenant en considération l'importance relative des deux contrats, leur fréquence, et leur utilité dans les transactions sociales, ont avec raison donné le

(1) Domat, liv. I, tit. III. Le troc ou échange est encore le seul moyen de commerce avec les peuplades sauvages; dit M. Pardessus, tome I, n° 6; Exposé des motifs, par M. Bigot-Préameneu; Rapport au Tribunat, par M. Faure; M. Locré, tome XIV, page 266 et suiv.

premier rang à la vente, développé avec soin et étendue les règles qui la régissent, et renfermé dans quelques articles tout ce qui est relatif à l'échange.

399. L'économie des dispositions que contient ce titre est aussi simple que naturelle.

On y trouve d'abord la définition de l'échange; puis cette proposition générale que toutes les règles qui régissent la vente régissent aussi l'échange; et enfin l'indication sommaire de quelques rares exceptions.

Je suivrai cet ordre d'idées dans les développemens que je vais présenter; j'indiquerai d'abord les élémens constitutifs du contrat d'échange; je montrerai quelques-uns des effets de l'assimilation avec la vente; et dans un dernier paragraphe, les différences qui existent entre ces deux contrats.

---

§ Ier.

Définition et élémens constitutifs de l'échange.

SOMMAIRE.

400. *De l'échange en droit romain.*
401. *Modifications admises par l'ancienne jurisprudence.*
402. *Définition selon le Code civil.*
403. *Il ne faut pas confondre l'échange avec une vente suivie de dation d'une chose en paiement du prix.*

404. *Cependant on peut considérer sous plusieurs rapports, comme échange, la dation d'une chose en paiement d'une autre chose précédemment due et qui n'est point une somme d'argent.*
405. *Il n'y a point de vente, à moins qu'il n'y ait un prix en monnaie. Des choses mobilières ne peuvent être considérées comme prix.*
406. *Échange avec soulte; diverses hypothèses.*
407. *Différence entre un échange et deux donations mutuelles.*

400. En droit romain, l'échange était un simple pacte, *nudum pactum*, qui ne produisait ni obligation civile, ni action. Il fallait que la remise de la chose promise par l'un des échangistes se joignît au consentement, pour que l'obligation et l'action prissent naissance; l'échange différait donc, sous ce rapport, de la vente qui était un contrat consensuel : *Emptio et venditio*, dit la loi 1, § 2, ff. *de rerum permutatione, nudâ consentientium voluntate contrahitur; permutatio autem ex re traditâ initium obligationi præbet.* (1)

401. Cette dictinction entre les simples pactes et les contrats a dès long-temps cessé d'être observée (2), et dans notre ancien droit, l'échange était parfait, comme la vente, par le seul consentement. (3)

---

(1) Vinnius, *ad Inst.* lib. III, tit. XV; Pothier, *de la Vente*, n° 622 M. Hugo, Histoire du droit romain, §§ 121, 231, 232; M. Warkœnig, Élémens du droit romain, § 473; M. Ducaurroy, Inst. expliquées, tome III, n° 959.

(2) M. Thibaut, *Système des Pandectes*, § 168; M. Warkœnig, Élémens du droit romain, § 477; M. Hugo, loc. cit.

(3) Pothier, *de la Vente*, n° 622; Domat, liv. I, tit. III.

402. Les rédacteurs du Code civil n'avaient garde de rétrograder vers un système entièrement abandonné, même dans les pays où le droit romain était en vigueur. Ils n'ont pas voulu que le doute pût s'élever sur leur intention (1), et l'article 1703 déclare que l'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente.

L'échange peut donc être défini : un contrat synallagmatique, et commutatif, par lequel chacun des contractans transfère à l'autre la propriété d'une chose, autre que de l'argent monnayé.

C'est à dessein, qu'au lieu de reproduire les termes mêmes de l'article 1702, dans lequel on lit : que l'échange est un contrat, par lequel les parties *se donnent* respectivement une chose pour une autre ; j'ai dit que les contractans en transfèrent la propriété. J'ai voulu placer dans ma définition cette idée fondamentale, que le consentement seul rend le contrat parfait, et la purger de toute expression qui paraîtrait une réminiscence des principes, qui exigeaient que le consentement, pour créer le lien de droit entre les parties, fût accompagné de la prestation de la chose. (2)

Il fallait aussi exprimer que ni l'une ni l'autre des choses qui sont l'objet du contrat, ne peut être une somme d'argent monnayé. Sans cela, la dif-

---

(1) Rapport de M. Faure. *Voy.* M. Locré, tome XIV, page 272.

(2) M. Delvincourt, tome III, page 92 du texte ; M. Duranton, tome XVI, n° 542.

férence essentielle entre la vente et l'échange n'eût pas été exprimée. (1)

403. Pothier indiqué comme une condition constitutive de l'échange: que l'une des choses soit donnée, à la place *immédiatement* de l'autre. « Car si nous convenions, dit-il, que je vous donnerai telle chose pour un certain prix, en paiement duquel vous me donnerez de votre côté une autre chose, cette convention n'est pas un contrat d'échange; mais elle renferme une vente que j'ai faite de ma chose et une dation de la vôtre que vous me faites en paiement du prix de la mienne. »

Il est vrai qu'un échange diffère d'une vente suivie d'une dation en paiement; mais l'expression qu'emploie Pothier, pour empêcher de les confondre, n'est pas heureuse. Elle pourrait donner à penser que la remise simultanée des choses échangées est nécessaire; tandis que rien ne s'oppose à ce que l'un des copermutans livre sa chose, au moment du contrat, et que l'autre ne soit obligé à donner la sienne qu'après un certain délai. En disant que chacune des parties contracte l'obligation de livrer une chose, on exprime suffisamment que le caractère du contrat serait modifié, si l'une d'elles s'engageait d'abord à payer le prix de ce qu'elle recevrait, et stipulait qu'elle pourrait se libérer de la somme due, en livrant une chose déterminée. Il n'y aurait plus pour elle, obligation

(1) Domat, liv. I, tit. III, in pr.; M. Delvincourt, tome III, page 92 du texte.

pure et simple de donner une chose à la place de ce qu'elle aurait reçu.

404. De même que la dation en paiement doit, sous plusieurs rapports, être assimilée à la vente, de même elle offre quelques caractères et produit certains effets de l'échange. (1)

J'ai vendu un immeuble ou un autre objet déterminé; le nouveau contrat par lequel je m'oblige de donner à mon acquéreur, qui l'accepte, un objet autre que celui qui avait été compris dans la vente, constitue un véritable échange. L'acheteur était saisi de la propriété de la chose vendue; par la nouvelle convention il me la rend, en considération du droit de propriété que je lui confère sur une chose différente. Il y a bien transmission de la propriété d'une chose pour une autre. Seulement toutes les deux se trouvent entre les mains de l'un des copermutans, et par conséquent il n'y en aura qu'une à livrer pour l'exécution du contrat; mais cette circonstance ne change rien à son caractère.

Il a même été jugé que la dation d'un immeuble en paiement d'une dot constituée en argent, était *un véritable échange et non une vente* (2). Cette décision, malgré ses termes si explicites, ne doit pas être considérée comme ayant précisément déterminé le caractère du contrat; il ne faut y voir que

(1) *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), n° 145, et suprà, nos 163.

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 23 août 1832; Sirey, 33. 1. 117; Dalloz, 32. 1. 389.

ce qui s'y trouve réellement; elle a jugé que l'immeuble donné en paiement était subrogé aux deniers formant la dot, qu'il était devenu dotal comme eux, et sujet comme eux au droit de retour en faveur du constituant. C'est sous ce rapport que l'acte a été qualifié d'*échange;* sous d'autres, il eût plutôt été considéré comme vente.

405. Dans l'échange, il n'y a point de prix; et c'est là ce qui le distingue de la vente; d'ailleurs le prix ne peut consister qu'en monnaie; cela est incontestable. Cependant quelques auteurs ont pensé que les denrées, de nature à être facilement converties en numéraire, pouvaient former un véritable prix; qu'ainsi il y avait une vente, là où se montraient toutes les apparences d'un échange. J'ai déjà combattu cette opinion, j'ai dit qu'elle avait été suggérée par le desir de prévenir les fraudes pratiquées contre la perception des droits seigneuriaux et l'exercice du retrait; j'ai démontré qu'elle ne devait pas être suivie aujourd'hui (1). Sans doute, lorsque dans une intention frauduleuse, une vente aura été déguisée sous la forme d'un échange, il faudra restituer au contrat son véritable nom; mais on ne doit pas, pour rendre la fraude impossible, bouleverser et confondre des choses essentiellement différentes.

406. Si les choses échangées sont considérées

(1) Pothier avouait qu'elle était établie, *contra rationem juris*. *des Retraits*, n° 89. *Voy.* tome XVI (Ier de ma Continuation), nos 48, 49 et 147.



par les parties, comme étant exactement l'équivalent l'une de l'autre; si, suivant l'expression des anciennes coutumes, l'échange se fait *but à but et sans soute*, il est impossible de se méprendre sur son caractère. Mais lorsque l'une des choses a une valeur supérieure à l'autre, et qu'une soulte en argent est payée par l'un des copermutans, ce mélange de vente et d'échange laisse du doute sur la nature du contrat. Il suffit qu'il y ait quelques différences entre ces deux sortes de conventions, et que toutes les règles relatives à l'une ne soient pas absolument et sans exception applicables à l'autre, pour qu'il soit utile de bien les distinguer.

Après avoir échangé une portion déterminée d'un objet mobilier ou immobilier contre une autre chose, on peut par le même acte vendre le surplus à celui avec lequel l'échange a été fait. Dans ce cas, l'acte contiendra une vente et un échange séparés et distincts, soit que les contractans aient formellement exprimé l'intention de réunir ainsi les deux contrats dans un seul acte, soit que cette volonté résulte implicitement des stipulations et des circonstances: alors aucun obstacle ne s'opposera à l'application des principes spéciaux à chaque matière.

Mais lorsque les parties, en qualifiant leur contrat d'échange, ont cependant stipulé que l'une d'elles, outre la chose donnée en échange, paiera une somme d'argent; ou réciproquement lorsqu'en disant qu'il y a vente, le prix ne consiste pas seulement en argent; y a-t-il vente, y a-t-il échange, ou y a-t-il à-la-fois, échange pour la portion cor-

respondante à la chose donnée en nature, et vente pour celle dont la soulte forme l'équivalent?

La solution de cette question a beaucoup occupé les anciens auteurs. Elle offrait un grand intérêt, en ce que le retrait lignager n'avait pas lieu au cas d'échange comme au cas de vente; et qu'ainsi il était de la plus haute importance de savoir si l'introduction d'une soulte changeait la nature du contrat, convertissait la vente en échange, et l'assujétissait aussi au retrait.

Presque toutes les coutumes contiennent des dispositions sur ce point.

Les unes disent que le retrait n'a pas lieu en échange fait sans soulte (1); et par là semblent établir que la soulte, quelle qu'elle soit, imprime au contrat le caractère de vente. (2)

D'autres déclarent formellement que la soulte, *quelque petite qu'elle soit*, autorise le retrait. (3)

La coutume de Bretagne veut que la soulte excède le tiers de la valeur de l'héritage (4) reçu en échange.

Plusieurs exigent qu'elle s'élève à la moitié. (5)

La coutume de Bordeaux la porte aux deux tiers.

Mais le plus grand nombre et notamment celles

---

(1) Coutume de Senlis, art. 224.

(2) Pothier enseigne que cet argument *à contrario* n'était pas admis; *des Retraits*, n° 91.

(3) Normandie, article 464; Montargis, tit. 16, art. 9; Anjou art. 353.

(4) Art. 316.

(5) Melun, art. 142; Clermont, tit. II, art. 191.

de Paris (1), d'Orléans (2), et de Poitou (3), exemptaient l'échange du retrait, lorsque la soulte valait plus que la moitié de l'héritage acquis par celui qui la payait; ou ce qui revient au même, lorsque *la soulte ou tourne excédait l'héritage baillé avec elle en contre-échange.*

Cette disposition paraît d'abord toute naturelle; on semble autorisé à dire que, lorsque l'une des parties fournit, comme équivalent de ce qu'elle reçoit une chose, et une somme d'argent; il y a plus échange que vente, ou plus vente qu'échange, selon que l'élément de l'échange (la chose), ou l'élément de la vente (le prix), est plus considérable. (4)

Les coutumes d'ailleurs étaient divisées sur un autre point. Plusieurs admettaient le retrait pour le tout, lorsque la soulte excédait la moitié de la valeur de l'héritage (5), d'autres ne l'autorisaient que jusqu'à due-concurrence (6). Ainsi les unes considéraient le contrat comme n'ayant qu'une seule nature, comme étant, en entier, vente ou échange (7); les autres lui attribuaient deux natures différentes, le regardaient comme vente et comme échange tout à-la-fois. (8)

(1) Art. 145.

(2) Art. 384.

(3) Art. 355.

(4) Pothier, sur l'art. 384 de la coutume d'Orléans; Lelet, sur l'art. 355 de la coutume de Poitou.

(5) *Voy.* coutume d'Orléans, art. 384.

(6) *Voy.* coutume de Paris, art. 145.

(7) *Voy.* Pothier, sur l'art. 384; coutume d'Orléans et des Retraits, n° 92.

(8) Ferrière, sur l'art. 145, coutume de Paris.

Pothier adopte le premier système, consacré par la coutume d'Orléans, et il le justifie en disant que la nature du contrat doit se régler sur ce qui y prédomine. « Donc, ajoute-t-il, lorsqu'un héritage est cédé pour une somme d'argent et pour un autre héritage de moindre valeur que la somme d'argent, il doit être réputé contrat de vente; car la somme d'argent est ce qui prédomine; l'héritage est aliéné principalement pour une somme d'argent, et par conséquent ce genre d'aliénation est une aliénation à prix d'argent et une vente : l'autre héritage, qui est donné avec la somme d'argent, n'est que comme un accessoire du prix qui consiste principalement en une somme d'argent; ce qui n'empêche pas que le contrat ne soit entièrement et véritablement contrat de vente; *arg.* leg. 6, § 1 de *act. empt.* » (1)

Fachin croit, au contraire, que le contrat est à-la-fois vente et échange : *Hunc contractum partim venditionem, partim esse permutationem ;* mais il reconnaît toute la puissance des raisons sur lesquelles est fondée l'autre opinion. (2)

Je pense que l'on doit suivre le sentiment de Pothier; qu'il ne faut pas admettre deux natures dans un contrat; et que pour déterminer son caractère, on doit s'attacher à sa substance et à sa qualité plutôt que de s'arrêter à la dénomination qu'il a reçue des parties; *hanc rem dijudicandam, non ex nomine, quo contrahentes utuntur,*

---

(1) Des Retraits, n° 92.

(2) Contr. lib. II, cap. 45.

sed ex substantia et qualitate ipsius contractus. (1)

Ce principe offrira sans doute quelques difficultés dans l'application; mais il s'en présenterait d'aussi nombreuses et d'aussi graves dans le système opposé. Pothier a fait ressortir tous les embarras dans lesquels on tombait en admettant le retrait pour partie (2), et l'on peut aisément prévoir tous ceux qu'on rencontrerait, par exemple, dans l'exercice de l'action en rescision pour vileté de prix, dirigée contre partie seulement d'un contrat d'échange avec soulte.

Le plus grand nombre des coutumes, en faisant dépendre le caractère du contrat de la valeur relative de la chose donnée en échange et de la soulte, avaient, comme je l'ai déjà dit, posé une règle sage; mais elle était trop absolue.

Quoique la soulte excède la valeur de la chose, il est possible que l'intention des parties ait été de faire un échange et non une vente. Cette intention bien manifestée devra l'emporter dans l'esprit des juges sur la disposition admise par les coutumes. (3)

---

(1) C'est ainsi que Fachin qui cependant, comme on l'a vu, est d'une autre opinion, formule la règle, et voici l'exemple qu'il donne: *si res detur ut alia accipiatur et simul etiam pretium modicum et longè minus quam sit ipsa res, talis contractus erit permutatio, non autem venditio, licet res et pretium intercesserit.* Controvers., lib. II, cap. 45. *Voy.* Paul de Castro, *ad leg. aristo* ff. *de don.*; Tiraqueau, *de retract. consang.* § 30, glos. 1, n° 36; Ant. Gomez, *Var. res. tit. de cont.* c. 2, n° 10. *V.* aussi Traité des droits d'enrégistrement, par MM. Championnière et Rigaud, tome I, n°s 84 et suiv.; M. Proudhon, *du Droit d'usufruit*, n° 104 et suiv.

(2) Des Retraits, n° 92.

(3) Connanus, l. 7, *Comm. juris. tit. de* [illegible], n° 3.

407. L'échange suppose aussi, dans chacun des contractans, la pensée de s'obliger en vue de l'obligation qui est prise envers lui, et d'acquérir une chose qui soit à-peu-près l'équivalent de celle qu'il donne. « Si deux amis, dit Pothier, se donnent mutuellement; l'un, une chose; et l'autre, une autre, sans égard à leur valeur; c'est une donation mutuelle qu'ils se font; ce n'est pas un contrat d'échange. » (1)

---

§ II.

Cas où les règles de la vente s'appliquent à l'échange.

SOMMAIRE.

408. *En général, toutes les règles de la vente sont applicables à l'échange.*
409. *Différence essentielle entre la vente et l'échange.*
410. *L'échange est nul, si la chose donnée par l'un des copermutans appartient à autrui.*
411. *Dans ce cas, si aucune des choses n'a été livrée, celui des copermutans à qui est offerte la chose d'autrui, peut refuser de la recevoir.*
412. *S'il l'a reçue, sans avoir livré la sienne, on ne peut exiger qu'il la livre; on peut seulement demander qu'il rende celle qu'il a reçue.*

---

(1) *De la Vente*, n° 619.

413. *S'il y a eu livraison réciproque, il peut demander la nullité du contrat, en prouvant que la chose à lui livrée, n'appartient pas au copermutant.*
414. *La ratification par le véritable propriétaire, ou l'acquisition de la propriété par le copermutant, couvre la nullité.*
415. *Le copermutant évincé peut répéter la chose ou demander des dommages-intérêts.*
416. *Il peut, selon les circonstances, obtenir à-la-fois, la restitution de la chose et des dommages-intérêts.*
417. *Il peut répéter l'immeuble qu'il a donné en échange, même contre les tiers.*
418. *L'échange transmet la chose, avec les charges et hypothèques qui la grevaient.*
419. *Les créanciers hypothécaires ne peuvent plus exercer leurs droits sur l'immeuble échangé, lorsqu'ils ont fait vendre l'immeuble reçu en contre-échange.*
420. *L'article 1592, Cod. civ. est applicable à l'échange.*
421. *La faculté de vendre l'immeuble dotal, donnée par contrat de mariage, emporte faculté de l'échanger.*

408. Les règles applicables à la vente le sont également à l'échange (1). C'est là le principe général; il est fondé sur l'extrême affinité qui existe entre ces deux contrats. Après l'avoir énoncé, il ne reste qu'à indiquer les exceptions dont il est susceptible. Pour plus de clarté, j'ai cru devoir m'occuper d'abord des dispositions contenues au titre de la vente, et dont l'application à l'échange pourrait paraître douteuse; sauf à examiner ensuite celles qui véritablement doivent lui rester étrangères.

409. Les deux conventions ne diffèrent que sous

(1) Art. 1707.

un seul rapport. Dans l'une il y a un prix, dans l'autre il n'y en a point. Toutes les dissemblances que l'on peut indiquer entre elles sont comprises dans celle-là, elles en sont la conséquence et le développement. Ainsi, pour savoir, dans chaque hypothèse, si l'on se trouve sous l'empire du principe général, ou s'il y a lieu d'admettre une exception, il faut examiner seulement si la règle, qu'on veut transporter de la vente à l'échange, suppose ou non l'existence du prix. (1)

410. Dans l'échange, chacun des copermutans, comme le vendeur dans la vente, s'oblige à transférer la propriété de la chose qu'il donne (2). Par conséquent, et de même que la vente de la chose d'autrui est nulle, de même l'échange est nul, si l'un des copermutans n'est pas propriétaire de la chose, objet de son engagement. (3)

Celui des contractans qui s'aperçoit et qui prouve que l'autre n'est pas propriétaire de la chose qu'il a promise, peut donc demander la nullité du contrat.

411. Si les choses sont encore entières, si la délivrance n'a eu lieu ni de part ni d'autre, il peut refuser de recevoir la chose que son copermutant lui offre, et de livrer la sienne.

---

(1) Domat, liv. I, tit. III; Dalloz, v° *Vente et échange*, chap. IV, n° 2.

(2) Pothier, *de la Vente*, n° 623; Domat, liv. I, tit. III.

(3) Arrêt de la Cour de cassation, du 16 janvier 1810; Sirey, 10. 1. 204; Dalloz, v° *Vente et échange*, ch. IV n° 4; Journal du Palais, tome 27, p. 49.

412. S'il a déjà reçu la chose de son copermutant, tout ce qu'on a droit d'exiger de lui, c'est qu'il la rende ; il serait absurde de le contraindre à livrer celle qu'il a promise, et à exécuter ainsi une convention nulle. (1)

413. Mais si l'échange est consommé, s'il y a eu livraison réciproque, celle des parties à qui aura été donnée une chose qui n'appartenait pas à l'autre, sera-t-elle obligée d'attendre que l'éviction la dépouille ? Ne pourra-t-elle pas, en démontrant la réalité du danger qui la menace, demander la nullité du contrat et la restitution de sa chose ?

J'ai dit que lorsque l'acheteur acquiert la connaissance de faits ou d'actes tels, qu'il peut prouver qu'il sera infailliblement évincé, le jour où il plaira à des tiers d'exercer leurs droits contre lui, il est fondé à demander la résolution de la vente. (2)

Ces principes s'appliquent aussi à l'échange. Ce n'est donc pas seulement après l'éviction, que la nullité de l'échange exécuté pourra être prononcée ; elle devra l'être sur la preuve que l'une des parties n'était pas propriétaire de ce qu'elle a donné en échange. (3)

Cependant un arrêt de la Cour de cassation semble dire que le copermutant qui est menacé

---

(1) Cod. civ. art. 1704.

(2) Tome XVI (I[er] de ma continuation), n° 322.

(3) L. 1, § 3, ff. *de rerum pe[illegible]mutatione* ; M. Favard de Langlade, v° *Échange*, n° II ; M. Rolland de Villargues, v° *Échange*, n° 28 ; arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 avril [illegible] ; Sirey, 26. 2. [illegible] ; M. Duranton, tome XVI, n° 544.

d'éviction ne peut demander la nullité du contrat lorsqu'il a livré sa chose; et cela par le motif que l'article 1704 du Code civil prévoit seulement le cas, où il n'y a pas eu livraison par celui que l'éviction menace; que cet article l'autorise bien à refuser d'exécuter le contrat, mais qu'il ne lui permet pas d'en provoquer l'annulation, lorsqu'il a déjà reçu son exécution. (1)

Cet argument *à contrario* ne saurait suffire pour écarter ici l'application des règles qui régissent la vente. De ce que le législateur a décidé que le danger d'éviction, manifesté avant la consommation de l'échange, est un motif pour se refuser à l'exécuter, il n'est pas possible de conclure que la nullité du contrat consommé ne pourra pas être prononcée, bien qu'il soit établi que l'une des parties n'était pas propriétaire de la chose qu'elle a livrée.

Au surplus dans l'espèce, sur laquelle la Cour de cassation a prononcé, un mari avait donné en échange l'immeuble dotal de sa femme, et l'arrêt, après avoir argumenté contre la demande en nullité formée par le copermutant, de l'article 1704, ajoute, qu'aux termes de l'article 1560 du Code civil, l'annulation de l'aliénation du fonds dotal ne peut être provoquée que par la femme, par ses héritiers ou par le mari. Ce second considérant montre que la décision n'a pas le sens

---

(1) Arrêt de la Cour de cassation, du 11 décembre 1815; Sirey, 16. 1. 161.

qu'on est porté à lui donner après avoir lu le premier.

414. La ratification du véritable propriétaire, intervenue avant que la nullité ait été prononcée, ou la survenance d'un évènement qui rend propriétaire le copermutant, qui ne l'était pas au moment du contrat, couvre la nullité, puisque le grief sur lequel elle était fondée cesse. Telle est du moins la thèse que j'ai soutenue pour la vente (1), et dans laquelle de nouvelles réflexions m'engagent à persister. (2)

415. Lorsque l'éviction est accomplie, le copermutant évincé a le choix de répéter sa chose *ou* de demander des dommages-intérêts.

416. L'article 1705, en lui offrant cette alternative, n'a pas entendu lui ôter le droit de demander, selon les circonstances, outre la chose, la réparation du dommage qu'a pu lui causer l'éviction. Par exemple, la partie des frais et loyaux coûts de l'acte qu'il a supportée peut incontestablement être exigée par lui, en même temps que la restitution de l'objet qu'il a donné en échange.

417. S'il opte pour la répétition de la chose, et qu'il s'agisse d'un immeuble, il aura le droit d'exercer la revendication, non-seulement contre son copermutant, mais même contre les tiers détenteurs.

---

(1) Tome XVI (Ier de ma continuation), n° 219.

(2) Un arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 avril 1822; Sirey, 26. 2. 321, a prononcé la nullité d'un échange, malgré la ratification survenue avant le jugement; mais la chose échangée appartenait à trois propriétaires, et l'on ne rapportait que la ratification de deux.

La vente, à défaut de paiement de prix, est résolue à l'égard des tiers (1); l'échange, qui est soumis aux mêmes règles, doit aussi être résolu envers tous, lorsque l'une des choses données en échange est enlevée à celui qui l'avait reçue : le copermutant évincé est dans la position du vendeur non payé de son prix.

L'ancienne jurisprudence offre des monumens contraires à cette opinion (2); mais ces arrêts sont fondés sur un texte positif du droit romain, sur la loi 4, *Cod. de Permut. rerum.*

Il importe d'en reproduire les termes, pour apprécier l'influence qu'elle peut avoir aujourd'hui sur la solution.

Cum precibus tuis, y est-il dit, *placitum inter te et alium intercessisse, eumque fundum à te datum vendidisse; contra emptorem quidem te nullam habere actionem perspicis; quum ab eo susceperit dominium, cui te tradidisse titulo permutationis non negas. Sed si secundùm fidem placiti stipulatio subjecta est, successores ejusdem cum quo contractum habuisti, convenire non prohiberis : si*

---

(1) Tome XVI (I[er] de ma Continuation), n° 440.

(2) *Voy.* arrêt de la Cour de cassation, du 16 prairial an XII; Sirey, 5. 1. 49; Dalloz, v° *Vente et échange*, page 939, note 1; arrêt de la Cour de Grenoble, du 23 avril 1830; Sirey, 30. 2. 311; Dalloz, 30. 2. 251. Il faut remarquer que ces arrêts ont été rendus sur des espèces antérieures au Code civil. *Voy.* arrêts du grand conseil et du Parlement de Toulouse, rapportés par M. Merlin, Répertoire, v° *Échange*, § II; en sens contraire, arrêts du Parlement d'Aix du 24 décembre 1544 et du 12 mai 1581; Duperrier, tome 2, page 313.

vero nulla stipulatio intercessit, præscriptis verbis actio est, ut vel fides placiti tibi servetur, vel quod alterius accipiendi fundi gratiâ dedisti, causâ non secutâ restituatur.

Ce n'est pas seulement parce que le Code civil n'a pas reproduit cette disposition, qu'elle me paraît ne devoir pas être appliquée; mais aussi parce qu'elle est la déduction logique des principes établis par le droit romain; et que notre législation moderne a consacré, en matière de résolution de contrats, un système tout opposé.

Autrefois, la clause résolutoire n'était pas sous-entendue comme elle l'est aujourd'hui; le vendeur non payé n'avait pas le droit de demander la résolution du contrat, s'il ne l'avait pas stipulé. (1) Il était donc tout naturel que la distinction admise pour la vente, le fût pour l'échange; que, surtout à l'égard des tiers, l'action en résolution fût accordée à celui qui se l'était formellement réservée, et qu'on la refusât à celui qui n'avait rien exprimé à cet égard.

C'est là précisément ce que décide la loi 4 *Cod. Permut. rerum.* (2)

Aujourd'hui, la clause résolutoire tacite, sans avoir toute l'énergie de la clause résolutoire exprimée, confère à chacun des contractans le droit de faire résoudre la convention, si l'autre partie n'accomplit pas ses obligations. Ce droit appar-

---

(1) Tome XVI (Ier de ma Continuation), nos 74 et suiv. et 438.
(2) Cujas, *ad h. leg.* Faber, Cod. lib. 4, tit. 41, def. 9.

tient notamment au vendeur ; pourquoi le refuserait-on à l'échangiste?

Il ne faudrait rien moins pour cela qu'un texte formel, exprimant l'intention de soustraire le contrat d'échange à la loi générale des contrats, et particulièrement de l'affranchir des règles relatives à la vente.

L'article 1705, loin d'exprimer une semblable pensée, se borne à donner à l'échangiste évincé l'option entre la résolution du contrat et des dommages-intérêts.

Mais, dit-on, l'article n'accorde point l'action résolutoire contre les tiers. (1)

Cela n'était pas nécessaire, puisqu'elle est conférée par la combinaison des mêmes textes qui l'attribuent au vendeur.

Aussi l'article 1705 n'a pas pour but de dire que l'action résolutoire appartient à l'échangiste évincé, soit contre le copermutant, soit contre les tiers; il décide que l'échangiste peut, à son gré, demander qu'on lui restitue la chose, ou qu'on l'indemnise du dommage que lui a causé l'éviction; et il était utile d'écrire cette disposition, parce qu'elle présente une légère modification aux règles de la vente.

On a fait remarquer que les tiers qui tiennent leurs droits d'un échangiste sont dans une position autre, que ceux qui les ont reçus d'un acheteur.

(1) Cet argument est indiqué dans un arrêt de la Cour de Toulouse, du 13 août 1827; Sirey. 29. 2. 81.

« Dans la vente, dit M. Favard de Langlade (1), les tiers ont pu et dû s'assurer que l'acheteur, n'ayant pas payé son prix, il n'avait qu'une propriété résoluble *ab initio*; qu'elle ne lui avait été transmise qu'à condition de payer le prix, et que tant qu'il ne l'aurait pas soldé, le vendeur pourrait reprendre sa chose. Si donc les tiers ont fait ce qu'ils devaient faire, ils n'ont pu être dupes d'aucune surprise; et s'ils n'ont pas été attentifs et vigilans, ils ne peuvent imputer qu'à eux-mêmes la perte qu'ils éprouvent. Mais, dans le cas d'échange consommé par la délivrance de l'immeuble, les tiers sont dans la même position que lorsqu'il s'agit d'un acheteur dont le contrat porte quittance du prix; et comme dans ce cas le vendeur ne pourrait pas venir, au préjudice des tiers qui ont contracté avec l'acquéreur sur la foi de la quittance qu'il leur a exhibée, reprendre son immeuble franc et quitte, sous prétexte que la monnaie qu'il a reçue était fausse; de même les tiers qui ont contracté avec le copermutant qui a rempli son engagement aux termes du contrat, ne peuvent ni ne doivent examiner si la propriété qu'il a donnée en échange a été bien irrévocablement transmise à son copermutant. »

Toute cette argumentation repose sur l'assimilation entre l'acheteur qui a reconnu avoir été payé de son prix, et l'échangiste qui a déclaré avoir

---

(1) V° *Échange*, n° III.

reçu la chose à lui donnée en échange. Sans doute il y a quelque analogie dans leurs positions, mais il existe entre elles une différence essentielle. Le vendeur qui a reçu les deniers formant le prix ne peut en être évincé; par conséquent il n'y a plus aucune chance de résolution de la vente, puisque de part et d'autre elle a reçu une exécution irrévocable. Si la monnaie qui a servi au paiement était fausse, la perte devrait retomber sur le vendeur, à qui quelque imprudence serait toujours imputable. Au contraire, l'échangiste qui a reçu la chose à lui donnée en échange, n'a pu concevoir la folle pensée que l'éviction est impossible, comme elle est pour l'argent formant le prix; il n'a donc pas, en se déclarant satisfait, eu l'intention de renoncer à l'action en revendication de sa chose, pour le cas où il serait dépouillé de celle qu'il a reçue de son copermutant. Sous ce rapport, on voit qu'il n'est pas exact de comparer l'échangiste au vendeur. D'ailleurs, lorsque la vente énonce que le prix a été payé, il est absolument impossible aux tiers de savoir si la monnaie était bonne et le paiement parfait; au contraire, quand l'échange exprime que la chose qui en est l'objet a été transmise, rien n'empêche de remonter à l'origine de la propriété et de voir s'il y a quelque danger d'éviction à craindre. Cette seconde différence est décisive; elle renverse un système qui est fondé sur une assimilation complète et absolue entre le paiement du prix de la vente et la livraison réciproque des choses échangées.

Reste donc le principe que les règles relatives à la vente régissent l'échange ; d'où il suit que l'échangiste évincé a l'action en résolution contre les tiers, de même que le vendeur non payé de son prix. (1)

418. Le copermutant n'a pas plus de droit sur la chose qu'il acquiert que n'en avait celui de qui il la tient ; par conséquent, les servitudes, les hypothèques et les autres droits réels qui grevaient un immeuble, continuent à le frapper entre les mains de celui à qui il a été transmis par un échange.

Il ne peut être affranchi des hypothèques que par l'accomplissement des conditions imposées aux tiers détenteurs.

419. Toutefois, si les créanciers hypothécaires inscrits sur un immeuble donné en échange, avaient fait vendre l'immeuble reçu en contre-échange par leur débiteur, et s'ils en avaient reçu le prix, ils seraient non recevables à réclamer l'effet de leurs hypothèques. Pour pouvoir exercer leurs droits sur l'immeuble qui leur était affecté, ils auraient dû ne pas ratifier l'échange; et évidemment il l'ont approuvé et ratifié, en recevant le prix d'une chose qui, sans cet échange,

---

(1) En faveur de cette opinion, on peut citer M. Merlin, vº *Échange*, § II, M. Dalloz, *eod. verbo*, nº 7 et 8, M. Duranton, tome XVI, nº 546; arrêt de la Cour d'Aix, du 25 mai 1813; Sirey, 13. 2. 364; Dalloz, loc. cit. Contrà M. Delvincourt, tome III, notes, page 184; M. Favard de Langlade, vº *Échange*, nº III; M. Rolland de Villargues, *eod. verb.* nºs 32 et 33.

n'eût pas fait partie des biens de leur débiteur. (1)

420. L'article 1592 dit que le prix de la vente peut être laissé à l'arbitrage d'un tiers, et que si celui-ci ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente. Cette disposition s'applique à l'échange. A la vérité, il n'y a point de prix à fixer; mais les parties déterminées à faire un échange peuvent n'être pas d'accord sur la valeur de leurs propriétés respectives; elles peuvent convenir qu'un tiers les appréciera et décidera si l'échange aura lieu but à but, si une soulte sera payée ; et qu'il en fixera la quotité. Dans cette hypothèse, si le tiers refuse ou ne veut pas accomplir la mission qui lui est donnée, il n'y a point d'échange. (2)

421. Un arrêt de la Cour de cassation (3) nous fournit un autre exemple de l'assimilation entre la vente et l'échange : il décide que la faculté d'aliéner l'immeuble dotal, exprimée dans le contrat de mariage, s'entend aussi bien de la faculté d'échanger que de la faculté de vendre.

---

(1) Arrêt de la Cour de Rouen du 28 juillet 1827; Sirey, 28. 2. 30; arrêt de la Cour de cassation, du 18 novembre 1828; Sirey, 28. 1. 411; Dalloz, 29. 1. 17.

(2) Arrêt de la Cour de Grenoble, du 8 novembre 1806; Dalloz, vº *Vente et échange*, page 937, note 2.

(3) Arrêt du 25 avril 1831; Sirey, 32. 1. 623; Dalloz, 32. 1. 54. La Cour de Toulouse paraît avoir décidé en sens contraire, par arrêt du 17 février 1832; Sirey, 33. 2. 464; mais elle s'est fondée aussi pour prononcer la nullité de l'échange sur ce qu'il était entaché de fraude.

§ III.

Règles de la vente qui ne sont pas applicables à l'échange.

SOMMAIRE.

422. *Motif qui rend certaines règles de la vente inapplicables à l'échange.*
423. *L'action en rescision pour lésion, n'est pas admise dans l'échange.*
424. *Elle était admise dans l'ancienne jurisprudence.*
425. *Les frais de l'acte sont supportés en commun par les parties.*
426. *Comment doit-on appliquer à l'échange les dispositions relatives au défaut ou à l'excédant de contenance de la chose vendue.*
427. *La chose reçue en échange est subrogée à la chose échangée.*
428. *Le copermutant a-t-il privilège pour la soulte, ou, au cas d'éviction, pour les dommages-intérêts? Renvoi.*

422. J'ai dit que la différence principale qui existe entre l'échange et la vente, celle dont toutes les autres dérivent; c'est que le prix, l'un des élémens de la vente, manque dans l'échange. (1)

En se plaçant à ce point de vue, on aperçoit distinctement, et l'on s'explique sans difficulté

---

(1) Suprà, n° 409.

toutes les hypothèses où les règles applicables à l'un des contrats, ne le sont point à l'autre.

423. D'abord, l'action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes admise dans la vente, ne l'est point dans l'échange; cela résulte précisément de ce que dans la vente, il y a un prix, tandis que dans l'échange il n'y en a point.

On sait que l'action en rescision est accordée au vendeur, parce qu'on a voulu offrir une ressource à ceux qui, sous l'empire de circonstances pressantes, ont consenti à donner leur chose à vil prix, pour se procurer l'argent dont ils avaient besoin. L'acheteur ne jouit pas du même avantage, parce qu'il ne peut faire valoir les mêmes considérations.

Or, l'échange n'est jamais le résultat de la détresse; il ne s'agit pour aucun des copermutans de se procurer une somme d'argent; l'action en rescision a donc été et devait être refusée. (1)

L'art. 1706 contient une disposition expresse à cet égard.

424. Il était nécessaire que le législateur s'expliquât sur ce point en termes formels; il ne devait pas laisser aux jurisconsultes le soin de déduire cette conséquence de la nature des deux contrats. Dans l'ancienne jurisprudence, l'action en rescision était admise pour lésion d'outre moitié, dans l'échange comme dans la vente (2), et le

---

(1) Rapport de M. Faure, au Tribunat. *Voy.* M. Locré, XIV, page 273.

(2) Rebuffe, *in tract. de rescind. contr. art. unic. gloss.* 15, n° 9; Bouvot, part. I, au mot *Echange*, quest. uni; Maynard, liv. 3, chap.

silence de la loi nouvelle eût paru la confirmation de la règle existante.

Toutefois, la force des choses avait obligé à modifier les effets de la rescision, lorsqu'on l'appliquait à l'échange. Elle entraînait la nullité du contrat, mais l'auteur de la lésion n'était pas autorisé à fournir le supplément du juste prix. (1)

425. L'article 1593 met les frais de l'acte à la charge de l'acheteur; cette disposition est nécessairement étrangère à un contrat dans lequel la qualification de vendeur et d'acheteur est applicable autant à l'une des parties qu'à l'autre; ou plutôt ne peut être donnée à aucune. Il est dès-lors équitable qu'en l'absence de toute convention sur ce point, chacun des contractans supporte la moitié des frais. (2)

426. Dans l'échange, chacun des contractans est tenu de livrer une chose; par conséquent, les dispositions qui déterminent les obligations du vendeur, en ce qui touche la délivrance, sont en général applicables aux deux copermutans. Cepen-

---

59; Autom. *ad. leg.* 2, *Cod. de rescind. vend.* arrêt du Parlement de Bretagne, Belord., *Obs. Forens*, liv. I, part. 3, art. 35 et liv. 3, part. I, art. 3; arrêt du Parlement de Toulouse, du 10 décembre 1595; Maynard, loc. cit.; Despeisses, part. I, tit. XII, § 7; Répertoire de jurisprudence, v° *Echange*, § IV.

(1) Arrêt du Parlement de Paris, de mars 1563; Charondas, Pand., liv. 2, chap. *des Restitutions*, n° 40; Répons., liv. 9, chap. 68 Dumoulin, § 33, glos. 1, n° 41; Despeisses, loc. cit. et n° 13; Rousseaud de Lacombe, v° *Echange*, n° 9; Pothier admet cependant, la faculté de suppléer au juste prix, *de la Vente*, n° 627. *Voy.* aussi Répertoire de jurisprudence, *loc. cit.*

(2) M. Rolland de Villargues, v° *Echange*, n° 14.

dant les articles qui règlent les effets du défaut ou de l'excédant de contenance de la chose vendue, me paraissent ne pouvoir être étendus qu'avec réserve au cas, où l'une des choses échangées présente un excédant ou un déficit, de la mesure indiquée.

Le législateur n'a fait du défaut ou du surcroît, de contenance, une cause d'augmentation ou de diminution du prix, et quelquefois, un motif de résolution du contrat de vente; que parce qu'il a supposé qu'au-delà de certaines limites, il n'y avait plus volonté de maintenir la convention. Cette présomption devra être admise moins facilement dans l'échange; car, presque toujours, c'est la convenance qui en est la base; les choses sont données l'une pour l'autre, plutôt *ad corpus* que *ad mensuram* : d'où il suit que telle différence dans la mesure qui autoriserait le vendeur ou l'acheteur à demander un accroissement, ou une diminution du prix, ne devra exercer aucune influence sur les droits et les obligations des copermutans. Les tribunaux apprécieront s'il y a eu intention, de la part de chacun des contractans, d'obtenir la mesure indiquée; et c'est lorsque cette volonté leur paraîtra constante, qu'ils appliqueront les règles tracées pour la vente. (1)

427. Dans l'ancien droit, on avait pour maxime, que l'objet reçu en échange était subrogé à celui qui avait été échangé, et qu'il en prenait les qua-

(1) Arrêt de la Cour de Colmar, du 1er mai 1807; Dalloz, v° *Vente, Echange*, page 938, note 2; M. Rolland de Villargues, v° *Echange*, n° 24.

lités extrinsèques et accidentelles (1). Cette règle recevait de fréquentes applications, et avait une véritable importance à une époque, où le caractère des biens présentait une grande variété.

Le Code civil consacre les effets de cette subrogation pour les échanges de biens propres à l'un des époux ou d'immeubles dotaux. Je dois me borner à renvoyer aux développemens que M. Toullier a donnés à ces dispositions. (2)

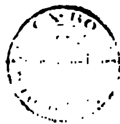
428. J'examinerai, en traitant des privilèges et hypothèques, la question de savoir si le privilège de vendeur s'étend à l'échangiste créancier d'une soulte, et à celui qui, au cas d'éviction, réclame des dommages-intérêts, aux termes de l'art. 1705.

---

(1) D'Argentré, sur la coutume de Bretagne, art. 418, gloss. 2, n° 1; Ferrière, sur l'art. 143 de la coutume de Paris; Lebrun, des Successions, liv. I, chap. I, sect. I, n° 64; Pothier, *de la Vente*, n° 630.

(2) *Voy*. Tome XII, n°s 147 et suiv., et tome XIV, n° 221, 222 et 223.

FIN DU TOME XVII.



TABLE

DES TITRES ET CHAPITRES.

SUITE DU LIVRE TROISIÈME.

TITRE VI.

De la Vente.

CHAPITRE VI.

ERRATA.

Page 13, ligne 18, au lieu de *jou ferié*; lisez : *jour férié*.
Page 28, ligne antépénultième, au lieu de ( ), lisez : (3).
Page 31, ligne 30, au lieu de ( ), lisez : (2)
Page 37, ligne 20, au lieu de *offres faite* : lisez *offres faites*.
Page 44, ligne 7, au lieu de *équivalent*, lisez : *équivalens*.
Page 48, ligne dernière, au lieu de *liquidés*, lisez : *liquidées*.
Page 64, ligne 3, au lieu de *tnu*, lisez : *tenu*.
Page 85, ligne 25, au lieu de *Jasou*, lisez : *Jason*.
Page 105, ligne 6, au lieu de *actions en rescision dirigées*, lisez : *actions en rescision, dirigées*.
Page 142, ligne dernière, au lieu *n°* 3, lisez : n° 223.
Page 167, ligne 2, au lieu de *et q*, lisez : *et que*.
Page 182, ligne 16, au lieu de *indiqué ?* lisez : *indiqué*.
Page 188, ligne dernière, au lieu de 32. 1., lisez : 32. 1. 291.
Page 223, ligne 26, au lieu de *la loi, n'établit*, lisez : *la loi n'établit*.
Page 238, ligne 6, au lieu de *propriétés*, lisez : *propriété*.
Page 306, ligne 25, au lieu de *el act*, lisez : *et act*.
Page 388, ligne 8, au lieu de *fondem n*, lisez : *fondement*.
Page 393, ligne 16, au lieu de *manifeste*, lisez : *manifestée*.
Page 460, ligne 18, au lieu de *est-il dit?* lisez : *est-il dit*.
Page 461, ligne pénultième, au lieu de *elle*, lisez : *elles*.
Page 470, ligne 30, au lieu de *l'un l'autre*, lisez : *l'un et l'autre*.



